[illegible]

[illegible]

Bank- und Warenkommission

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Juristen und Kaufleute.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Das Recht

der

Bank- und Warenkommission

nach dem

allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche.

Für

Juristen und Kaufleute.

Von

Dr. S. Jacoby
in München.

Erlangen-Leipzig,
Andr. Deichert'sche Verlagsbuchh. Nachf.
(Georg Böhme.)
1891.

Inhalts-Verzeichnis.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Lehren.

Zweites Kapitel.

Die Pflichten des Kommissionärs.

Drittes Kapitel.

Die Rechte des Kommissionärs.

Viertes Kapitel.
Die sonstigen Rechtsverhältnisse bei Kommissionen.

Fünftes Kapitel.
Das Selbstkontrahierungsrecht des Kommissionärs.

Sechstes Kapitel.

Siebentes Kapitel.

Anhang.

Vorwort.

Das Bedürfnis nach einer monographischen Darstellung des von uns gewählten Stoffes wird niemand in Zweifel ziehen. Denn so gewiß die grundlegende Arbeit Grünhut's[1]) einen Anspruch auf ungeteilte Anerkennung erheben darf, gibt gerade sie, wie wir zu zeigen hoffen, vielfach Anlaß zu neuen kritischen Erörterungen des Kommissionsrechtes. Es kommt hinzu, daß sie um ihres großen Umfangs willen und wegen ihres hieraus erklärlichen hohen Preises eine verhältnismäßig geringe Verbreitung gefunden hat, namentlich aber in kaufmännischen Kreisen um des willen unbekannt geblieben ist, weil sie aller Orten einen juristisch geschulten Leser voraussetzt.

Die weitere sehr umfangreiche Arbeit Lepa's[2]) über den „Selbsteintritt" des Kommissionärs, welche einen bedeutenden Fortschritt anzubahnen sucht, befriedigt durchaus nicht. Ja, wir hoffen nachzuweisen, daß die prinzipielle Auffassung des Selbsteintritts bei Lepa als ein Rückschritt gegen Grünhut angesehen werden muß. Es mag schon hier bemerkt werden, daß uns die Unklarheit der Lehre vom Selbstkontrahierungsrechte bestimmte, einen Beitrag zu der Litteratur über Kommissionsrecht zu liefern, um mit einer völlig neuen, der Auffassung des Verkehrs aber wohl allein entsprechenden Theorie vielleicht über dieses dunkle Gebiet des Handelsrechts Licht zu verbreiten.

[1]) Das Recht des Kommissionshandels von Dr. C. S. Grünhut, Wien 1879, Alfred Hölder VIII u. 595 S. Groß 8°.

[2]) Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs in Einkaufs- und Verkaufsaufträge nach dem deutschen Handelsgesetzbuche von Dr. Rudolf Lepa. Stuttgart 1883. Enke VII und 288 S.

Was den Umfang unserer Darstellung anlangt, so bezeichnet schon der Titel die Grenze; wir schließen uns eng an das Handelsgesetzbuch an. Grünhut zieht in sein Werk noch das Speditionsrecht hinein. Aber wir glauben, daß eine Arbeit ohne diese Zuthat das Verdienst der Abgeschlossenheit erringen kann. Allerdings ist auch der Spediteur Kommissionär, aber er ist nicht minder in sehr vielen Fällen zugleich Frachtführer und jedenfalls in seinem Berufe mit diesem am nächsten verwandt. (Art. 385.) Unseres Erachtens vereinigt man das Speditionsrecht daher besser mit dem Frachtrecht und begnügt sich alsdann an den geeigneten Orten mit einer Verweisung auf das Kommissionsrecht.

Der im Titel angekündigte Anschluß an die Artikel des Handelsgesetzbuches deutet aber noch eine weitere Begrenzung des zu behandelnden Stoffes an. Im dritten Titel des vierten Buches „Von dem Kommissionsgeschäfte" wird augenscheinlich nur die Ein- und Verkaufskommission berücksichtigt. Die Versicherungskommission hat keine Regelung erfahren. Und in der That liegt die Vermittlung des Versicherungsgeschäftes meist in der Hand der sogenannten Agenten. (Art. 360 Abs. 3 des Handelsgesetzbuches.) Auch in dieser Hinsicht hat uns also das Gesetzbuch selbst zur Außerachtlassung einer größeren Materie veranlaßt.

Endlich haben wir die Personenklassen, welchen wir dienen wollen, in der Aufschrift bezeichnet und uns dabei ein Ziel gestellt, das vielleicht manchem unerreichbar erscheint.

Aber so gewiß es schwierig ist, einen so weiten, aus den verschiedenartigsten Elementen zusammengesetzten Kreis zu befriedigen, wird man doch wenigstens in unseren Tagen zugeben, daß der Schriftsteller auf handelsrechtlichem Gebiete hierin sein Ideal zu suchen habe. Schon die Erwägung, daß im deutschen Reiche das Institut der Handelsrichter zu voller Anerkennung gelangt ist, genügt zur Rechtfertigung unseres Standpunktes.

Täglich können wir uns ferner davon überzeugen, daß bei der Beurteilung streitiger Rechtsfragen ein auffallender Gegensatz zwischen der Rechtsprechung und der Auffassung des Verkehrslebens besteht. Vornehmlich hieraus aber erklärt es sich, daß gar oft in Laienkreisen der Rechtswissenschaft so wenig Achtung und Verehrung entgegengebracht wird. Der Jurist unserer Tage ist gewöhnt, mit seinen litterarischen Arbeiten nichts Höheres zu erstreben, als die Bewunderung seines Scharfsinns durch Fachgenossen. Der Endzweck aller unserer juristischen Debatten soll indes die Förderung des Rechtslebens sein, wir müssen stets sorgsame Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs nehmen. Die Verkennung dieser Aufgabe zeigt sich — wie wir meinen — bereits in der äußeren Gestalt unserer juristischen Schriften, welche deutlich dafür spricht, daß man nur für „gebildete Juristen" arbeiten wolle. Man erschöpft sich in römischrechtlichen Ausdrücken und, wenn man Deutsch zu sprechen beginnt, so erkennt der Nichtjurist kaum die Muttersprache wieder. Der heutige juristische Stil in deutscher Sprache erfordert, um verstanden zu werden, ein eigenes Studium, er ist dem Laien — wie jedermann weiß — mehr oder weniger unzugänglich; das gilt leider auch von den Entscheidungen des Reichsgerichtes, ja vielleicht vorzugsweise von diesen. Und doch ist es uns schon durch das Bewußtsein, daß wir nunmehr eine einheitliche deutsche Nation geworden, nahe gelegt, den reinen und klaren deutschen Stil in allen wissenschaftlichen Arbeiten zu pflegen und zu dem Volke, für welches wir sprechen, in einem diesem verständlichen Tone zu reden. Behält man diese Pflicht sorgfältig im Auge, dann wird man wohl auch kaum vergessen, daß man bei seinen Entscheidungen der Anschauung und den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung zu tragen habe; man wird nicht in einseitiger Betonung des juristischen Standpunktes die ökonomische Seite völlig aus dem Auge verlieren und durch eine ängstliche Anlehnung

an den Gesetzestext die so oft fehlende Kenntnis der Verkehrsverhältnisse zu verdecken suchen. Erst nach Vermeidung aller dieser Fehler werden die Rechtskenner — Richter und Rechtslehrer — die würdevolle Stellung erringen, welche ihnen in der Wissenschaft und im Leben gebührt. Daß unsere Aufgabe ausführbar ist, scheint uns gewiß, und schon das vergebliche Streben nach einem solchen Ziele dünkt uns ehrenvoll.

Bei der Darstellung unseres Stoffes wollen wir bemüht sein, uns kurz zu fassen und etwaigen Mißverständnissen in der Art vorzubeugen, daß wir, so viel als möglich das Vorgetragene durch praktische Fälle verdeutlichen. Hier kommt uns namentlich die oberstrichterliche Judikatur zu Hilfe, welche wir allerdings häufig bekämpfen müssen, weil auch sie auf unserem Gebiete vielfach fehlgegangen ist.

Andererseits hielten wir es für geboten, auf Litteraturangaben, namentlich auf die Berücksichtigung zerstreut erschienener Aufsätze — soweit sie nicht von einem erheblichen Interesse waren — zu verzichten. Das oben citierte Werk Grünhuts wird für diese Lücke sowie für die von uns unerörtert gelassene G e s c h i c h t e d e s K o m m i s s i o n s h a n d e l s eine hinreichende Ergänzung bieten; denn die Zahl der Interessenten ist gerade hier eine äußerst geringe. Vornehmlich durch den Verzicht auf den umständlichen wissenschaftlichen Apparat hoffen wir dem Laien die Lektüre der vorliegenden Arbeit zu erleichtern, ohne befürchten zu müssen, bei dem Rechtskenner damit Anstoß zu erregen. Unvermeidlich war allerdings bisweilen eine längere theoretische Ausführung, wo es galt, wichtige gegnerische Meinungen zu widerlegen. Allein der Kaufmann, welcher wohl gerade in solchen Punkten die Ansicht des Verfassers teilt, wird eine ihn langweilende Begründung am besten überschlagen; andererseits ist sie unentbehrlich, um den zweifelnden Juristen zu überzeugen.

Ein ferneres Gebot, das wir unverrückt im Auge behalten mußten, war die Vermeidung der eingebürgerten r ö m i s c h e n

„Termini". Aber wir würden falsch verstanden sein, wenn man schließen wollte, daß wir mit der von uns gewählten Methode zugleich die Bedeutung des römischen Rechts für die deutsche Rechtsbildung und Rechtswissenschaft hätten in Abrede stellen wollen. Der Verfasser müßte nicht nach vorgängiger Ausbildung zum kaufmännischen Berufe von dem scharfsinnigsten Juristen seines Zeitalters in die tief durchdachten Lehren des römischen Rechts eingeweiht worden sein, wenn er an dessen bleibendem Werte zu zweifeln vermöchte. Stets, auch nach der Emanation eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich [3]), wird das Corpus Iuris Civilis ein Fundort trefflichster und anregendster Rechtsbelehrung sein, nirgends wird der jugendliche Jurist, welcher sich der Rechtswissenschaft zuwendet, eine reinere Quelle gründlicher, konsequenter und reifer Gelehrsamkeit finden. Aber man kann von höchster Begeisterung für diese unübertrefflichen Schätze juristischen Fühlens und Denkens erfüllt sein, ohne sein Entzücken dadurch zur Schau zu tragen, daß man mit Brocken und Citaten aus jenen „Quellen" einer dem modernen Verkehr angehörigen Erörterung wissenschaftlichen Anstrich zu geben sucht. Der nur macht u. E. dem römischen Rechte volle Ehre, welchem es gelingt, das Rechtsleben seiner Mitwelt zu fördern, welcher nach einer sorgsamen romanistischen Vorbildung das Recht in einer Gestalt verarbeitet, die der Praxis des Lebens zum Nutzen gereicht.

---

[3]) Den Entwurf desselben haben wir in unserer Arbeit berücksichtigt, und zwar der Kürze halber unter der Bezeichnung „Entwurf". Unsere Besprechung in den Annalen des deutschen Reiches (Jahrg. 1888 ff.) von Hirth u. Seydel citieren wir „Annalen" unter Hinzufügung des betreffenden Jahrgangs und der Seitenzahl.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Lehren.

§ 1. Der Begriff des Kommissionärs nach dem Handelsgesetzbuche.

Das Fremdwort „Kommissionär" hat sich in der Sprache der Handelswelt schon so vollkommen eingebürgert, daß das Gesetz gut daran that, von einer Sprachreinigung Abstand zu nehmen. Der Kommissionär des Handelsrechtes entspricht dem „Mandatar" des Zivilrechtes, dem „Beauftragten"[1]) also, um mit dem Entwurfe unseres zukünftigen bürgerlichen Gesetzbuches zu sprechen.

Schon bei der Beurteilung des soeben genannten „Entwurfes" hat es sich gezeigt, daß die Begriffsbestimmung des „Auftrages" mit erheblichen Schwierigkeiten verknüpft ist. Die Motive[1]) überlassen die Lösung der Frage den Männern der Wissenschaft. Die Kritiker aber standen dieser Aufgabe nahezu hilflos gegenüber. Ja, die meisten von ihnen leugneten, daß bei der vom „Entwurf" im Einklange mit dem Handelsgesetzbuche vorgesehenen Entgeltlichkeit des Mandates ein prinzipieller Unterschied zwischen der Dienstmiete und dem Auftrage dargethan werden könne.

Wir möchten auf den Gegenstand des Vertrages ein entscheidendes Gewicht legen. Ein Auftrag scheint uns allemal dann gegeben, wenn die Thätigkeit des Aufgeforderten sich auf den Abschluß von Rechtsgeschäften bezieht; erforderlich ist weiter, daß der Beauftragte eine selbständige

[1]) Vgl. „Entwurf" §§ 585 ff. und Mot. Band II, S. 526 ff.

Stellung einnimmt, also nicht in einem dienstlichen Abhängigkeitsverhältnisse zum Auftraggeber steht, bspw. nicht dessen Kommis, Prokurist, Angestellter ist.

Mit dieser Rechtsanschauung ist jedenfalls die Meinung des Handelsgesetzbuches getroffen, welches im Artikel 360 ausdrücklich sagt: „Kommissionär ist derjenige, welcher gewerbemäßig im eigenen Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Kommittenten) Handelsgeschäfte schließt."

Aus der vorstehenden Definition ergiebt sich aber eine weitere wichtige Folgerung, welche der dritte Absatz unseres Artikels noch besonders hervorhebt. Die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über den Kommissionär kommen dann nicht zur Anwendung, wenn der Kommittent bei der Auftragserteilung vorschreibt, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden solle. In diesem Falle bezeichnet der Verkehr den Vermittler als Agenten. Der Agent ist Stellvertreter des Auftraggebers, unterscheidet sich also wesentlich von dem Kommissionär, welch' letzterer die aus dem geschlossenen Geschäfte hervorgehenden Rechte und Pflichten für und gegen sich begründet.[2])

Die Rechtssätze, welche das Agenturgeschäft näher bestimmen, gehören nicht in den Rahmen unserer Darstellung. Nur mag an dieser Stelle die wichtige Vorschrift des Absatzes 3 von Artikel 360 in Erinnerung gebracht werden. Hiernach bedarf es einer ausdrücklichen Aufforderung des Auftraggebers, es solle auf seinen Namen abgeschlossen werden, damit ein Agenturverhältnis zur Entstehung gelangt.

Mit dieser Bestimmung ist entschieden den Forderungen des Verkehrs entsprochen. In den meisten Fällen wird es

---

[2]) Wir verstehen im Einklang mit der deutschen Verkehrsanschauung unter einem Agenten einen selbständigen Kaufmann im Sinne des Art. 69 Z. 2 H. G. B., welcher das ihm aufgetragene Handelsgeschäft direkt zwischen dem Kommittenten und dem von ihm nachgewiesenen dritten Kontrahenten zustande bringt. Vgl. Grünhut a. a. O. S. 63 ff.

in der Intention des Auftraggebers liegen, daß die Kommission ohne Nennung seines Namens zur Ausführung gelange, da das Auftreten des Kommissionärs an seiner Stelle ihm in vielfacher Beziehung zum Vorteile gereicht. Aber gleichwohl ist das Wort „ausdrücklich“ in Art. 360 des Handelsgesetzbuches cum grano salis zu verstehen. Für diese Auffassung sprechen die Artikel 278 und 279, welche als leitendes Prinzip für den Richter die Vorschrift aufstellen, bei der Beurteilung und Auslegung handelsrechtlicher Verträge auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Hat bspw. der Kommissionär von einem Kunden einmal einen Auftrag zum Verkaufe von Bier erhalten, mit der Maßgabe, daß der Verkauf auf seinen, des Kommittenten, Namen abgeschlossen werden solle, etwa weil seine Brauerei ein besonders günstiges Renommee genießt, also durch Abschluß auf seinen Namen höhere Preise erzielt werden, so wird der Kommissionär bei erneutem Auftrage guten Grund haben, anzunehmen, es müsse auch diesmal auf den Namen des Kommittenten abgeschlossen werden. Es ist sohin völlig gleichgültig, ob die im Art. 360 verlangte ausdrückliche Erklärung von dem Kommittenten abgegeben wurde; denn der beauftragte Geschäftsmann wußte oder mußte als ordentlicher Kaufmann wissen, daß der Bierbrauer früher den Abschluß auf eigenen Namen um des willen verlangte, weil er hierdurch vorteilhaftere Bedingungen zu erzielen hoffte, als im Falle des Abschlusses auf den Namen des Kommissionärs. Ausdrücklicher Anhaltspunkte bedürfte man hier, um sich im entgegengesetzten Sinne zu entscheiden.

So deutlich scheinbar die Begriffsbestimmung des Kommissionärs vom Gesetzgeber aufgestellt wurde, hat sich an dieselbe doch eine Streitfrage von nicht zu unterschätzender praktischer Tragweite angeknüpft.

Das Gesetz erklärt in der Begriffsbestimmung des Art. 360 nur denjenigen für einen Kommissionär, welcher für Rechnung

seines Auftraggebers Handelsgeschäfte schließt. Das Wort „Handelsgeschäft" hat Schwierigkeiten hervorgerufen. Man war im Zweifel darüber, ob das aufgetragene Geschäft ein Handelsgeschäft für den Kommittenten oder für den abschließenden Kommissionär sein müsse. Die Männer der Wissenschaft haben sich u. E. ohne Grund der dem Verkehr nachteiligen Anschauung angeschlossen. Uns scheint das fast unerklärlich vom Standpunkte einer unbefangenen Gesetzesauslegung. Wenn das Handelsgesetzbuch sagt, Kommissionär ist derjenige, welcher Handelsgeschäfte für fremde Personen im eigenen Namen schließt, so wird damit doch nur ausgesprochen, daß das geschlossene Geschäft ein Handelsgeschäft sein müsse, Handelsgeschäft also im Sinne des Kommissionärs.[3]) Eine Verurteilung der entgegengesetzten Ansicht liegt u. E. schon darin, daß sie zu dem Schlusse führt, dem Kommissionär das gesetzliche Pfandrecht zu versagen, wenn ihm von einem Rentier der Auftrag zum Ankaufe von Anlagewerten oder von einem Landwirt der Auftrag zum Verkaufe der Ernte erteilt wird. In den Worten des Gesetzes hat diese Meinung, wie wir noch später sehen werden, nicht den geringsten Halt, Ihre praktische Unbrauchbarkeit ist aber der beste Beleg für ihre Unrichtigkeit. Wir würden zu ihrer durchaus nicht schwierigen Widerlegung eine größere Kraftanstrengung aufbieten, wenn auch die Rechtsprechung dieser unrichtigen Ansicht gefolgt wäre. Anerkennenswerterweise hat dieselbe jedoch stets der ungekünstelten Auslegung des Art. 360 den Vorzug gegeben, ja von der entgegengesetzten Meinung[4]) überhaupt keine Notiz genommen.

---

[3]) Da der letztere nach Art. 4 in Verbindung mit Art. 272 u. 73 Kaufmann ist und nach Art. 360 Abs. 2 beim Abschluß des Geschäftes selbst als Kontrahent auftritt, ist das von ihm geschlossene Geschäft nach Art. 273 stets Handelsgeschäft.

[4]) Dieselbe ist vertreten von Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes Band I § 54 S. 610 ff., der übrigens wiederholt gegen das

Das Gesetz läßt den Kommissionär im eigenen Namen abschließen. Dadurch wird er dem dritten Kontrahenten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet, während für den Auftraggeber aus dem Abschlusse der Kommission erst nach Abtretung der Forderungen Rechte erwachsen können. Gleichwohl ist dieser juristischen Konsequenz dort die Spitze abgebrochen worden, wo es sich darum handelte, Bedenken zu beseitigen, welche sie für den Verkehr in sich schließt (vgl. Art. 368.)[5])

§ 2. Das Zustandekommen des Kommissionsvertrages.

Das Handelsgesetzbuch enthält keine Festsetzung darüber, in welcher Weise der Kommissionsvertrag zu stande kommt. Allein es dürfte hierin eine Lücke nicht zu finden sein. Denn der Gesetzgeber hat in den Art. 317 ff. allgemeine Regeln über den Abschluß von Verträgen aufgestellt, wodurch ein wichtiger Anhalt auch für unsere Fälle sich ergiebt.

System der Handelsgeschäfte im H. G. B. eine große Abneigung gezeigt hat, ferner von Grünhut neuerlich in Endemann's Handbuch Band 3 S. 165, sodann von Laband, Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht Band 9 S. 437 Note 5, der allerdings nicht bestreitet, daß schwerlich eines der Mitglieder der Nürnberger Kommission solches gewollt haben könne. — Das Wort „Handelsgeschäft" zu urgieren, scheint deshalb unrichtig, weil dasselbe im H. G. B. vielfach ganz willkürlich statt Geschäft angewendet wird. (Vergl. bspw. Art. 52, Abs. 1 u. 2, Art. 290 und namentlich den letzten Absatz von Art. 360 selbst, wo Geschäft und Handelsgeschäft in einem und demselben Satze zur Abwechselung gebraucht werden.) Art. 360 wollte lediglich Kommission und Agentur gegen einander abgrenzen. Man darf also hier nicht zu viel Gewicht auf ein einzelnes Wort legen. — Über die Rechtsprechung ist zu vergleichen, Entschdgg. des Reichsoberhandelsgerichtes Band 15, Nr. 118, S. 424, woselbst dem Bankier das gesetzliche Pfandrecht zugesprochen wird, obwohl das dem Auftrage zu Grunde liegende Geschäft eine Konversion von 4 Aktien der Königin-Laurahütte betraf, vgl. auch Bd. 20, Nr. 26.

[5]) Siehe unten § 22.

Man lehrt [1]) in unserer Frage übereinstimmend, daß die eben erwähnten Satzungen über das Zustandekommen von Verträgen auch für das Kommissionsgeschäft maßgebend seien. Doch scheint uns diese Behauptung in ihrer Allgemeinheit unhaltbar. Die Rechtssätze in den Art. 318 ff. des Handelsgesetzbuches haben das im Handelsverkehre gewöhnlichste Geschäft, den Kauf, also einen Warenumsatz im Auge, und es läßt sich nicht leugnen, daß im Hinblick auf ihn sehr zweckmäßige Vorschriften aufgestellt werden. Auf dem Gebiete des Kommissionsrechtes betreffen nun aber die Vorverhandlungen die Übernahme eines Auftrages, infolgedessen naturgemäß jene Grundsätze einer Modifikation unterworfen sind, deren Erkenntnis allerdings vom juristischen Standpunkte aus leicht verfehlt werden kann.

Man muß zunächst unterscheiden, ob der Kommissionsvertrag unter Gegenwärtigen oder unter Abwesenden abgeschlossen wird.

Giebt jemand persönlich dem Kommissionär den Auftrag so muß dieser sich sofort darüber erklären, ob er ihn annehmen wolle oder nicht. Schweigt er, so wird darin im Zweifel eine Ausschlagung nicht zu erblicken sein. Man sieht, daß wir schon hier in einen Gegensatz zu Art. 318 des Handelsgesetzbuches treten. Denn es soll ja bei Anträgen unter Gegenwärtigen die Erklärung sofort abgegeben werden, widrigenfalls der Antragende an seinen Antrag nicht länger gebunden ist. Offenbar denkt der Gesetzgeber an eine Kaufofferte, bei welcher sich die Parteien über verschiedene Vertragspunkte zu einigen haben, bis eine Vereinbarung zustande kommt. Anders steht es bei dem Kommissionsvertrage, weil hier regelmäßig kein Hindernis vorhanden ist, an dem das Zustandekommen der Übereinkunft scheitern könnte. Wir würden uns gewiß in einen Widerspruch zu der Verkehrsanschauung setzen, wenn wir behaupteten, daß das Schweigen des Kommissionärs den

[1]) Vgl. Grünhut a. a. O. S. 78 zu Note 7 und die Litteratur in dieser Note.

mündlichen Antrag des Kommittenten bedeutungslos mache. Vielmehr kommt in unserem Falle das Schweigen einer stillschweigenden Erklärung im bejahenden Sinne gleich.

Schwieriger wird die Lösung unserer Frage bei Kommissionen unter Abwesenden. Gelangt der Kommissionär in den Besitz eines Briefes, durch welchen er um Ausführung eines Auftrages ersucht wird, so kommt zunächst in Betracht, ob die Bestimmung des Art. 323 anwendbar ist. Besteht zwischen dem Auftraggeber, der keineswegs Kaufmann zu sein braucht, und dem Kommissionär schon seit früher eine Geschäftsverbindung oder hat sich der Kommissionär zur Ausführung derartiger Aufträge erboten, so ist er ohne Zögern zur Antwort verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Genehmigung des Auftrages gilt. Hat der Kommissionär solchen Falles den Kommittenten rechtzeitig abschlägig beschieden und wiederholt der letztere nun sofort seinen Auftrag, ohne ihn durch wesentliche Änderungen umzugestalten, so wird jetzt in dem Schweigen des Kommissionärs eine stillschweigende Annahme nicht mehr zu finden sein, wie das Reichsoberhandelsgericht wohl mit Recht angenommen hat.[2]) — Es mag endlich nicht unerwähnt bleiben, daß die in Rede stehende Auslegung des Schweigens nur für den Fall Anerkennung gefunden hat, wenn unter der Voraussetzung des Art. 323 der Antrag vom Kommittenten ausgeht. Hätte der Kommissionär sich dem Kommittenten dazu erboten, für ihn einen gewissen Auftrag auszuführen, so würde der Kommittent infolge seines Schweigens keinen Schaden erleiden. Aus seinem passiven Verhalten würde vielmehr gerade eine Ablehnung zu entnehmen sein. Dieser scheinbare Widerspruch erklärt sich aus der rechtlichen Verschiedenheit der Offerte, je nachdem dieselbe vom Kommittenten oder vom Kommissionär erlassen wird. Beim Ausgehen des Antrags von dem Kommittenten liegt eine wirkliche Auftragserteilung vor,

[2]) Vgl. Entscheidungen Band V, Nr 37.

beim Ausgehen von dem Kommissionär ein Antrag, durch welchen der Offerent eine Provision zu verdienen beabsichtigt.

Anders gestaltet sich nun aber die Lage der Sache, wenn zu gunsten des Kommittenten die Voraussetzungen des Art. 323 nicht angezogen werden können. Gesetzt, der Kommittent hat die Adresse des Kommissionärs aus einem Adreßbuch entnommen und ihm alsdann einen Auftrag überschrieben. Hier wird zu sagen sein, daß der Kommissionär, selbst wenn er um Rückäußerung ersucht und für die dabei entstehenden Kosten gedeckt wurde, sich durch sein Schweigen keineswegs schadet.[3]) Hingegen wäre die Sicherheit des Verkehres ernstlich gefährdet, wenn dem Kommissionär gestattet würde, ohne Schaden eine Antwort zu verweigern, obwohl er für die ihm bei Ausführung des Auftrages erwachsenden Auslagen im voraus gedeckt wurde. Schon dann also wird aus seinem Schweigen ein Accept zu entnehmen sein, wenn ihn der Kommittent für das mit dem Geschäfte verbundene Risiko sicher gestellt hatte. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so kann nach geltendem Rechte[4]) aus dem Schweigen des Kommissionärs auf den Kommissionsantrag eine Verpflichtung zur Übernahme des Auftrages schwerlich abgeleitet werden.

---

[3]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band I, Nr. 22, Band X, Nr. 41. Vgl. jedoch auch meine Ausführungen in den „Annalen des deutschen Reiches" Jahrg. 1889, S. 645, zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

[4]) Anderer Meinung, aber offenbar trotz des kompliziert konstruierten Falles zu weit gehend Grünhut a. a. O. S. 88. Ihm steht, was er zu übersehen scheint, die Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes zu Art. 323 unbedingt entgegen! — Es läßt sich allerdings nicht verkennen, daß der anständige Kaufmann im deutschen Handelsverkehre bei bezahlter Rückantwort sich zu einer Gegenäußerung stets für verpflichtet hält, wenn das angetragene Geschäft in den Rahmen der von ihm gewöhnlich zur Ausführung übernommenen Aufträge fällt. Aber diese moralische Pflicht ist noch keine rechtliche Verbindlichkeit. Die Unterstellung einer solchen scheint uns in Anbetracht des Art. 323, welcher ein argumentum e con-

Hinsichtlich der verbindlichen Kraft der Offerte des Kommittenten, seines Widerrufs, des Zeitpunktes der Fertigkeit des Kommissionsvertrages, des Acceptes mit einer Klausel[5]) kommen die Bestimmungen der Art. 319, 320, 321 und 322 zur uneingeschränkten Anwendung.

Ist nun dem Kommissionär von einem Abwesenden ein Auftrag zu teil geworden und hat er seine Bereitwilligkeit zur Annahme sofort erklärt, so fragt es sich, ob er mit der Ausführung jetzt auch unverzüglich zu beginnen habe, oder ob er abwarten müsse, bis seine Annahmeerklärung in den Besitz des Kommittenten gelangt ist. Wir würden es unterlassen haben, die Frage auch nur aufzuwerfen, wäre sie nicht von Grünhut[6]) in einer u. E. unzutreffenden Weise beantwortet worden. Er nämlich ist der Ansicht, daß der Kommissionär zur Ausführung nicht früher schreiten dürfe, als bis er die Überzeugung gewonnen hat, daß seine Annahme des Antrages rechtzeitig bei dem offerierenden Kommittenten angekommen sei. Er verkennt nicht, daß dadurch dem Kommissionshandel ein schwerer Schlag versetzt werde. Aber alle die bedenklichen von ihm besonders eingehend vorgetragenen Konsequenzen scheinen ihm durch das Handelsgesetzbuch geboten, obwohl er einen bestimmten Artikel nicht nennt, der zu diesem Ergebnisse führt. Ein Blick auf Art. 321 veranlaßt uns zu der entgegengesetzten Meinung. Hier heißt es, daß als Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages derjenige anzusehen ist, in welchem die Annahmeerklärung zur Post gegeben wird. Die Rechtzeitigkeit der Absendung erscheint hierbei nach Art. 319 als unerläßliche Bedingung.

trario nicht nur zuläßt, sondern unverkennbar gebietet, unmöglich. Die erwünschte Abhilfe kann nur von der Gesetzgebung, nicht von der Auslegung erwartet werden. Vgl. das Citat in der vorstehenden Note u. Entwurf § 587.

[5]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band I, Nr. 19, ad. b.

[6]) A. a. O., S. 81 ff.

Wird diesen Voraussetzungen genügt, so ist nun auch der Kommissionsvertrag perfekt, und der Kommissionär kann sofort für seinen Auftraggeber in Thätigkeit treten. Hiermit steht der Verkehrsgebrauch vollkommen im Einklang.

Als Erfüllungsort[7]) wird bei Kommissionsgeschäften regelmäßig der Wohnort des Kommissionärs anzusehen sein, nur ausnahmsweise der des dritten Kontrahenten, mit welchem der Kommissionär behufs Ausführung der Kommission abschloß. Die Ausnahme greift namentlich dann Platz, wenn der Kommittent wußte, daß der Kommissionär das aufgetragene Geschäft nur an einem bestimmten von seinem Wohnorte verschiedenen Platze ausführen lassen konnte, wie z. B. der Provinzbankier die Börsenkommission nur an der Börse realisieren soll.[8]) Vielfach wird auch der Gegenstand des Auftrages dazu beitragen, daß als Erfüllungsort ein den Kontrahenten bei der Auftragserteilung noch völlig unbekannter Platz zu gelten hat, so, wenn es sich darum handelt, Waren anzuschaffen, zu deren Ankauf nur selten, vielleicht im fernen Auslande, Gelegenheit geboten ist. Der Geschäftsgebrauch wird hier zumeist das beste Hilfsmittel zur Lösung auftauchender Zweifel sein.[9])

§ 3. Das Prinzip des Handelsgesetzbuches bei der Beurteilung von Kommissionsgeschäften.

Im Artikel 361 des Handelsgesetzbuches ist der Grund-

---

[7]) Entscheidungen des Reichsgerichts Band 10, Nr. 23.

[8]) Die Frage ist von praktischer Bedeutung namentlich für die Tragung der Portokosten, für die zur Anwendung kommenden Usancen (vgl. H. G. B. Artikel 369, Abs. 2), sowie für den Gerichtsstand ꝛc. S. Entsch. des Reichsg. Band 23, S. 412 f., in welchem Falle ein Wiener Gastwirt einem Frankfurter Bankhause eine Börsenkommission erteilt hatte. Gerichtsstand ist Frankfurt.

[9]) Vgl. hierzu meine Ausführungen in den Annalen des deutschen Reiches: „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches auf volkswirtschaftlicher Grundlage in Einzelerörterungen“, 4. Teil, Jahrg. 1890, S. 40 f.

satz aufgestellt, der Kommissionär müsse das ihm aufgetragene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zur Ausführung bringen. Dieser Ausspruch allein würde zur Beurteilung aller streitigen Fälle hinreichen, insoweit es sich um die Verpflichtungen des Kommissionärs aus dem übernommenen Auftrage handelt. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber auf diese Vorschrift allein nicht beschränkt. Er fand es vielmehr für gut, aus diesem obersten Grundsatze eine Reihe von Folgesätzen abzuleiten und durch dieselben das richterliche Ermessen in die richtigen Bahnen zu lenken. So sind insbesondere die Artikel 365, 366 und 367 unverkennbar nichts als Folgesätze, welche aus jenem obersten Rechtsgrundsatze abgeleitet wurden. Da dieses Prinzip für alle Fragen des Kommissionsrechtes eine entscheidende Rolle spielt, so ist es wohl am Platze, dasselbe näher ins Auge zu fassen.

Es dürfte nicht überflüssig sein, zu betonen, daß es viel schwerer ist, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes näher zu bestimmen, als den im römischen Rechte heimischen Begriff der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters, welchem der unsrige unzweifelhaft nachgebildet worden ist. Was ein ordentlicher Hausvater im einzelnen Falle zu thun habe, wird nicht schwer zu sagen sein. Mit Recht[1]) hat daher wohl auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (§ 144) diesen Begriff beibehalten. Keineswegs aber läßt es sich so leicht beantworten, was in einem kritischen Falle ein ordentlicher Kaufmann thun müsse, und zwar deshalb nicht, weil als Kaufleute auch sehr untergeordnete Klassen von Handeltreibenden bezeichnet werden. Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches ist jeder Spezereihändler. Und doch wird jedermann zugeben, daß man von einem ordentlichen Bankier eine ganz andere Sorgfalt fordern

---

[1]) Anderer Meinung bspw. Gierke, Schmoller's Jahrbuch 2c. Band 12, S. 867.

darf, als von einem ordentlichen Handelsmann niederen Ranges.

Die hier angedeutete Frage braucht in unserem Zusammenhange um deswillen nicht weiter erörtert zu werden, weil der Gesetzgeber im Art. 361 sicherlich nur an die einem ordentlichen Kommissionär zuzumutende Sorgfalt gedacht haben kann. Es wird der Beauftragte also wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung in Anspruch genommen werden dürfen, wenn er nach der Übernahme der Kommission irgend etwas that, was er als ordentlicher Kommissionär hätte unterlassen sollen, oder wenn er irgend etwas unterließ, was er als ordentlicher Kommissionär hätte thun sollen.

Nach der negativen Seite hin bedeutet der erste Satz des Art. 361, daß der Kommissionär seiner Pflicht genügt hat, wenn er bei der ihm aufgetragenen Kommission mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verfuhr. Selbst, wenn er ungünstige Resultate für seinen Kommittenten erzielte, sich aber in keiner Beziehung einer Verletzung der ihm gesetzlich auferlegten Achtsamkeit schuldig machte, wird ihn niemals eine Verantwortung treffen können. — Es kann z. B. vorkommen, daß kurz nach der Ausführung eine Veränderung des Marktes eintrat, welche es möglich machte, das aufgetragene Geschäft zu weit günstigeren Bedingungen abzuschließen. Hat der Kommissionär diese Gunst der Verhältnisse zum Nachteile seines Kommittenten verkannt, ohne daß er sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes rechtzeitig in Erfahrung bringen konnte, so darf er wegen dieses Mißerfolges keineswegs haftbar gemacht werden.

Der Verpflichtung des Kommissionärs entspricht nun aber auch ein sehr schätzbares Recht. Der Kommissionär, welcher bei der Ausführung des ihm erteilten Auftrages mit der größten Sorgfalt zu verfahren hat, genießt für seine Bemühungen nichts als eine Provision. Er darf den über dem Limito erzielten Preis nicht sich zu gute rechnen. Er

ist vielmehr genötigt, diesen Gewinn dem Kommittenten zuzuwenden. (Art. 372.) Da erheischt es die ausgleichende Gerechtigkeit, ihn gegen Verluste zu sichern. Diesem Zwecke dient das Pfandrecht des Kommissionärs an dem in seiner Hand befindlichen Kommissionsgut. Hiermit sicherte ihn der Gesetzgeber gegen etwaige Verluste infolge der Übernahme des Auftrages. Hierin bot er ihm ein Aequivalent für die ihm auferlegten weitreichenden Verpflichtungen.

Ist sohin in dem Pfandrecht nichts als ein Korrelat zu der Vorschrift des Art. 361, Satz 1 zu finden, so wird es schwerlich als Absicht des Gesetzgebers gelten können, daß dieses Pfandrecht dann nicht zu Recht bestehe, wenn im einzelnen Falle das aufgetragene Geschäft kein Handelsgeschäft auf seiten des Kommittenten gewesen ist.[2]) Denn nach Art. 282 darf unzweifelhaft auch bei solcher Sachlage der Auftraggeber von dem Kommissionär die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verlangen! Dieser Verpflichtung des Kommissionärs aber stünde ein gleich wiegendes Recht nicht gegenüber, wenn die gegnerische Ansicht richtig wäre.

Noch eine weitere Folgerung muß aus dem im Art. 361 aufgestellten Prinzipe gezogen werden. Es kann nie in der Absicht des Gesetzgebers liegen, einen Kontrahenten auf Kosten des anderen zu übervorteilen. Verlangt er von dem Beauftragten die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, so ist es natürlich und selbstverständlich, daß er auch dem Kommittenten diejenige Sorgfalt zur Pflicht macht, welche erforderlich ist, um den Kommissionär vor einem Schaden zu bewahren, der aus dem erteilten Auftrage entstehen könnte. Der Kommittent macht sich sohin verantwortlich, wenn er Schritte thut oder zu thun unterläßt, obwohl er bei sorgsamer Erwägung sich sagen mußte, daß sein Verfahren das Interesse des Kommissionärs gefährden könne, natürlich nur

[2]) Vgl. S. 4.

soweit dem letzteren durch das spezielle Auftragsverhältnis ein Schaden zugegangen ist.

Inwiefern diese Folgerung von praktischer Bedeutung ist, wird sich im weiteren Verlauf der Darstellung ergeben. An dieser Stelle mag es genügen, darauf hinzuweisen, daß man es nicht bloß mit einer von uns aufgestellten Hypothese zu thun hat, sondern daß unserem Satze auch im Gesetze selbst mit klaren Worten Anerkennung zu teil wurde. Wie wir soeben konstatierten, daß die Art. 365 bis 367 nur Konsequenzen aus dem schon zuvor im ersten Satze des Art. 361 aufgestellten Prinzipe sind, können wir hier umgekehrt darauf hinweisen, daß im Abs. 2 des Art. 364 eine Konsequenz ausgesprochen worden ist, bei welcher das zu Grunde liegende Prinzip auf wissenschaftlichem Wege gewonnen werden muß. Der Gesetzgeber geht von dem Falle aus, daß der Kommissionär einen Einkauf unter Verletzung des vom Kommittenten gesetzten Limitos besorgte, ohne bei der Anzeige dieser Verletzung zu gedenken. Dem Kommittenten steht es in einem solchen Falle frei, das ihm angezeigte Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen. Will er von dieser Befugnis Gebrauch machen, so muß er seine dahingehende Entschließung dem Kommissionär ohne Verzug auf die erhaltene Einkaufsanzeige erklären. Unterläßt er dies, so gilt die limitowidrig ausgeführte Kommission als genehmigt. — Offenbar kann diese singuläre Verpflichtung des Kommittenten sehr wohl gerechtfertigt werden als Ausfluß des soeben aufgestellten Rechtsgrundsatzes, es müsse der Kommittent mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters darüber wachen, den Kommissionär vor einem aus der Auftragsausführung etwa entstehenden Schaden zu bewahren.[3])

---

[3]) Vgl. zu den obigen Ausführungen § 222 des „Entwurfes" und meine Ausführungen dazu „Annalen" Jahrg. 1890, S. 39, 46, 63.

§ 4. Folgen der Pflichtverletzung des Kommissionärs.

Handelt es sich um die Frage, ob der Kommissionär bei Ausführung des Auftrages sich einer Pflichtverletzung schuldig gemacht habe, so kommt es naturgemäß vornehmlich auf den Inhalt der Kommission an.

Da ist es nun möglich, daß der Auftraggeber eine sogenannte imperative Kommission erteilte d. h. eine Kommission, bei welcher er die Schritte des Kommissionärs genau umgrenzte, dessen Thätigkeit also an feste Vorschriften band. Der imperative Inhalt der Kommission kann sich jedoch auch beschränken auf gewisse Teile des Auftrags, etwa auf den Preis, zu welchem das Gut verkauft werden solle (Limito)[1]), nicht zugleich auf die Zeit, binnen welcher Zahlung von dem dritten Kontrahenten geleistet werden müsse[2]), oder bei der Einkaufskommission lediglich auf die Qualität der Ware, nicht zugleich auf den Preis. In diesem Falle ist die Kommission nur teilweise imperativ und dies bildet die Regel.

Hinsichtlich der imperativen Kommission besteht kein Streit darüber, daß der Kommissionär durch Zuwiderhand-

---

[1]) Es versteht sich von selbst, daß das Limito nur insofern einen imperativen Charakter hat, als eine Verletzung zum Nachteile des Kommittenten ausgeschlossen ist. Kommt der Kommissionär in die Lage, höher, als er limitiert ist, zu verkaufen oder billiger einzukaufen, so handelt er gegen die Intention des ihn limitierenden Kommittenten, wenn er gleichwohl zum limitierten Preise abschließt.

[2]) Es wäre unrichtig zu sagen, daß das Schweigen des Kommittenten über diesen Punkt eine stillschweigende Vorschrift dahin enthalte, der Kommissionär dürfe nur gegen sofortige Zahlung abschließen. Erkennt doch der Gesetzgeber im Art. 369, Abs. 2 ausdrücklich die Möglichkeit an, daß der Kommissionär auf Kredit verkaufe, sofern dies am Orte des Geschäfts Handelsgebrauch ist. Fehlt es an dieser Voraussetzung oder an einer ihr rechtlich gleichstehenden geschäftlichen Gepflogenheit zwischen den in Frage stehenden Kontrahenten, so wird allerdings auf die Absicht eines Barkaufes zu schließen sein.

lung gegen die ihm erteilte Vorschrift dem Kommittenten unbedingt haftbar wird.[3])

Doch findet man in der Litteratur[4]) gleichwohl eine Modifikation dieses Satzes, eine Ausnahme nämlich für den Fall, daß eine Abweichung von der imperativen Instruktion bei Aufgebot der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes notwendig erscheint. Man denkt hier — wie die betreffenden Ausführungen zeigen — an eine solche Lage der Dinge, da dem Kommissionär die Spekulationsabsichten seines Auftraggebers vollkommen bekannt sind und er in denselben einen Fehler entdeckt. Entweder ist in den die Spekulation bestimmenden thatsächlichen Verhältnissen vor oder nach Erteilung der Kommission eine wesentliche zur Kenntnis des Kommittenten ersichtlich nicht gelangte Veränderung eingetreten, oder es beruhten eben jene Thatsachen von vornherein auf unwahren Berichten, deren Dementierung aber erst zu der Zeit erfolgte, in welcher der Kommissionär mit der Ausführung beginnen wollte.

Unseres Erachtens thut man gut daran, solche Lehren mit Vorsicht aufzunehmen. Es kommt nämlich in Betracht, daß aus dem aufgetragenen Spekulationsgeschäfte niemals ein sicherer Schluß auf die die Spekulation bestimmenden Thatsachen gezogen werden kann. Von ganz entgegengesetzten Erwägungen aus gelangen Spekulanten nicht selten zu gleichen Resultaten. Der eine kauft zur Zeit einer politischen Krisis deutsche Staatspapiere in der Erwartung eines fortdauernden Friedens; der andere hält den Krieg für gewiß und meint, daß in der augenblicklichen Krisis am billigsten zu kaufen ist, weil die Papiere, nachdem der erste Schuß gefallen, steigen werden. Vielleicht war auch für ihn die zuverlässige

---

[3]) Vgl. bspw. Grünhut a. a. O. S. 109 ff.

[4]) Die Beispiele auf S. 119 bei Grünhut gehören wohl auch hieher. Vgl. übrigens dessen Beitrag in Endemann's Handbuch Bd. 3, S. 179, Note 3.

Hoffnung auf einen siegreichen Ausgang des Krieges für Deutschland maßgebend. — Es muß demnach eine Lehre befremden, nach welcher der Kommissionär bei besserer Kenntnis der Verhältnisse von dem imperativen Auftrage abzuweichen hat.

Gleichwohl liegt in jener Behauptung etwas Wahres; aber gerade dieses Wahre scheint dazu zu führen, die hier für gut befundene Generalisierung als verfehlt zu verwerfen. Es kommt nämlich im Verkehrsleben sehr häufig vor, daß die Kommittenten den Kommissionär mit ihren Spekulationsabsichten vollständig bekannt machen und an diese Auseinandersetzung eine imperative Kommission anknüpfen. Darin liegt zumeist eine stillschweigende Weisung zur Nachprüfung. Findet der Kommissionär bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, daß die Spekulation auf unrichtiger Auffassung wahrer Thatsachen oder gar auf unwahren Thatsachen beruht, so wird es seine Pflicht sein, von ihrer Ausführung Abstand zu nehmen. Aber wenn man genau zusieht, wird man in diesem Vorgange keine Abweichung von einer imperativen Kommission entdecken. Vielmehr war der imperative Teil mit Rücksicht auf den Zusammenhang, in welchem er sich befand, in Wirklichkeit „demonstrativ" gefaßt; nur äußerlich trat dies nicht sogleich hervor. Hiernach liegt in dieser scheinbaren Ausnahme nicht eine Modifikation des auch in der Judikatur[5]) anerkannten obersten Satzes, wonach die imperative Kommission strikte zu befolgen ist, sondern eine Bestätigung desselben.

Der nicht imperative Teil des Auftrags kann nun wieder entweder fakultativ sein d. h. alles dem durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleiteten Ermessen des Kommissionärs überlassen; oder er kann demonstrativ sein, wenn nämlich der Kommittent einen bestimmten Weg der Ausführung andeutete, gleichzeitig aber dem Beauftragten

---

[5]) Entscheidungen des Reichsgerichtes Band VI, S. 314.

bei besserer Erkenntnis der Sachlage ein anderes Verfahren gestattete. „Ich ersuche Sie die gekaufte Ware thunlichst durch den Spediteur N. an mich gelangen zu lassen," heißt es im Falle der demonstrativen Kommission.

Über die Bedeutung der demonstrativen Kommission wird in der Wissenschaft ebenfalls eine grundsätzliche Lehre aufgestellt. Erscheint — so führt man aus — dem Kommissionär eine Abweichung von der demonstrativen Vorschrift geboten, so fragt es sich, ob er ohne Nachteil in der Sache selbst hierüber die Willensmeinung des Kommittenten einzuholen vermag. Ist dies möglich, so wird er diesen Weg einzuschlagen haben. Liegt jedoch Gefahr auf dem Verzuge, ist zu befürchten, daß im Falle des Aufschubes ihm eine günstige Gelegenheit zum Kaufe gänzlich entzogen werde, so macht er sich nicht verantwortlich, wenn er gegen den demonstrativ vorgezeichneten Teil der Kommission verstößt, vorausgesetzt nur, daß sein Verhalten durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gerechtfertigt war.[6])

Dem gegenüber dürfte es nicht überflüssig sein, zu betonen, daß im Geschäftsverkehr dem demonstrativen Teil einer Kommission vielfach eine weniger bindende Kraft zugeschrieben wird, als es die juristische Auffassung annimmt. Von hoher Bedeutung ist nämlich der Inhalt des demonstrativ vorgezeichneten Teiles bei der Beurteilung seiner verbindlichen Kraft, und es scheint mit Rücksicht darauf als das Richtigste, die Aufstellung einer allgemein gültigen Regel zu vermeiden. So kommt es bspw. häufig vor, daß bei Kommissionen zum Ankauf von Wertpapieren mit dem Worte „möglichst" einem Wunsche über die Größe der anzukaufenden Stücke Ausdruck gegeben wird. Eine solche Weisung ist nach der Verkehrsanschauung von völlig untergeordneter Bedeutung, ja meist wertlos. Würde

---

[6]) Vgl. Grünhut a. a. O. S. 113.

der Bankier in der Lage sein, die Kommission zum Börsenkurse zu vollziehen, ohne die gewünschten Stücke erhalten zu können, so fände er in dem letzteren Umstande nie einen Grund, von der Ausführung Abstand zu nehmen. Es wird hiernach stets Frage des einzelnen Falles sein, ob dem demonstrativen Teil einer Kommission ein mehr oder weniger bindender Charakter zuzuschreiben sei.

Hinsichtlich des fakultativen Teiles einer Kommission genügt die Wiederholung der Bemerkung, daß der Kommissionär hier mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nach bestem Ermessen in Thätigkeit zu treten habe. Mit Recht ist von Grünhut[7]) darauf hingewiesen worden, daß eine total fakultative Kommission keine rechtsverbindliche Kraft haben könne, weil es hier an der genügenden Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes fehlen würde. Interessant ist in dieser Hinsicht ein dem Anscheine nach dermalen noch unbekannter Fall.[8]) Es hatte ein Schneider einem Bankier den Auftrag gegeben, für ihn nach eigenem Ermessen zu spekulieren. Der Gerichtshof erklärte mit gutem Grunde, daß es hier Pflicht des Bankiers gewesen sei, vor dem Abschluß eines Geschäftes auf diese Order hin sich erst über den geplanten Kauf mit dem Kommittenten ins Benehmen zu setzen.[8a])

Es fragt sich nun, welche Nachteile den Kommissionär treffen, wenn er sich einer Pflichtverletzung bei der Ausführung des ihm erteilten Auftrages schuldig machte.

Auch hier stellt der Gesetzgeber im Art. 362 ein Prinzip für die richterliche Beurteilung auf; auch[9]) hier leitet er aus

[7]) Vgl. a. a. O. S. 120 und 123.

[8]) Vgl. Seufferts Archiv Band 34 Nr. 116.

[8a]) Die rein fakultative Kommission hat nur den Sinn der Einleitung einer Geschäftsverbindung.

[9]) Vgl. S. 11.

diesem Prinzip in den Art. 363, 364 und 369[9a]) sogleich einige Folgesätze ab.

„Handelt der Kommissionär nicht gemäß dem übernommenen Auftrage, so ist er dem Kommittenten zum Ersatz des Schadens verpflichtet; der Kommittent ist nicht gehalten, das Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen."

Ein doppelter Ausweg wird sohin für den Fall der Auftragsverletzung geboten. Dem Kommittenten ist die Möglichkeit eröffnet, Schadensersatz zu fordern, oder die ausgeführte Kommission als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen.

Naturgemäß schließt sich an diese Alternative die Frage, wann die eine und wann die andere Folge Platz greifen solle. Und in der That hat man versucht, diesen Zweifel nach prinzipiellen Gesichtspunkten zu lösen.

Grünhut hat in seinem „Recht des Kommissionshandels" [10]) und wiederholt in Endemann's Handbuch[11]) die Auffassung vertreten, daß im Falle einer auftragswidrigen Handlungsweise des Kommissionärs das Recht auf Zurückweisung, im Falle vertragswidrigen Verhaltens nur eine Forderung auf Schadensersatz zu Gunsten des Kommittenten begründet sei.

Unseres Erachtens ist dieser Unterscheidung der Vorwurf der Willkürlichkeit zu machen. Fragt man — da dies ohne weitere Erläuterung nicht klar ist — was mit der Grünhut-schen Distinktion eigentlich ausgedrückt werden solle, so läßt sich hierauf allerdings eine präzise Antwort geben. Grünhut nämlich spricht von Auftragswidrigkeit des Kommissionärs in dem Falle, wenn derselbe dem in der schriftlichen oder mündlichen Kommission ausgedrückten Ansinnen des Kommittenten bei Ausführung des Auftrages entgegen gehandelt

[9a]) Vgl. auch Art. 365 und 367.

[10]) Vgl. daselbst S. 157 ff.

[11]) Insbesondere S. 196 ff. unter Berufung (S. 201, Note 27) auf die Zustimmung Hahn's und Dreyer's.

hat. Vertragswidrigkeit des Kommissionärs ist dann gegeben, wenn er Vorschriften verletzt, welche der Kommittent nicht ausdrücklich ausgesprochen, deren Beobachtung aber nach der Regelung des Kommissionsverhältnisses im Handelsgesetzbuche geboten war. Nur im erstgenannten Falle, in dem Falle der Auftragswidrigkeit, könne dem Kommittenten das Recht der Zurückweisung zugestanden werden, in dem zweiten müsse man es bei der Schadensersatzklage bewenden lassen.

Untersucht man, auf welche Gründe sich Grünhut für die von ihm aufgestellte, auf den ersten Blick bestechende Lehre beruft, so erscheint als seine wichtigste Stütze ein Opportunitätsgedanke. „So aufgefaßt,[12]) — meint er — entspricht die Bestimmung des Art. 362 des Handelsgesetzbuches den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehres, der dabei gewiß nicht zu gewinnen hat, wenn man dem Kommittenten gestattet, sich in jedem Falle, wann immer der Kommissionär vertragswidrig gehandelt hat, von dem für seine Rechnung abgeschlossenen Geschäfte loszusagen, in dessen Interesse es aber wohl gelegen ist, daß man dem Kommittenten das Recht zuerkenne, ein Geschäft zurückzuweisen, welches der Kommissionär unter willkürlicher Überschreitung der Schranken, die von dem Kommittenten in den ausdrücklich oder stillschweigend erteilten, imperativ oder demonstrativ gewollten Instruktionen gezogen sind, abzuschließen für gut fand."

„Würde einerseits der Kommissionär in jedem Falle vertragswidrigen Handelns die Zurückweisung des für Rechnung des Kommittenten abgeschlossenen Geschäftes gewärtigen müssen, so würde kaum jemand wagen können, eine Kommission zu übernehmen. Hätte andererseits der Kommittent keine genügende Garantie dafür, daß der Kommissionär seinen in den Instruktionen ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochenen Willen respektieren werde, so würde er es in den meisten

---

[12]) A. a. O. S. 167.

Fällen vorziehen, anstatt eine Kommission zu erteilen, das aufgetragene Geschäft selbst auszuführen. Beide Extreme widersprechen der Verkehrsbestimmung des Kommissionsverhältnisses; sie hätten zur Folge, daß dem Handelsverkehre die Vorteile des Kommissionsgeschäftes beinahe ganz verloren gingen. Beide Klippen werden aber durch die hier vertretene Auffassung des Art. 362 des Handelsgesetzbuches vermieden. Einerseits hat der Kommissionär nicht zu befürchten, daß jedes vertragswidrige Verhalten von seiner Seite dem Kommittenten die Möglichkeit gebe, das Geschäft zurückzuweisen und ihm zu überlassen; andererseits weiß der Kommittent, daß der Kommissionär einen entscheidenden Grund habe, gemäß dem in den Instruktionen ausgesprochenen Willen des Kommittenten zu handeln; er kann sich darauf verlassen, daß der Kommissionär den übernommenen Auftrag nicht nach bloßer Laune modifizieren und die in den Instruktionen gezogenen Schranken nicht nach Belieben überschreiten werde."

Es folgen sodann juristische Argumente, die aber allerdings nur den Wert einer Buchstabeninterpretation beanspruchen können. Grünhut stützt sich nämlich auf den Wortlaut des Art. 362, nach welchem dem Kommittenten das Recht auf Zurückweisung dann zugesprochen wird, wenn der Kommissionär nicht gemäß dem „übernommenen" Auftrage handelte. In dieser Ausdrucksweise findet er einen Gegensatz zu dem Eingange des Art. 361, nach welchem der Kommissionär das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes „gemäß dem Auftrage" auszuführen hat. Das Recht auf Zurückweisung bestehe hiernach bloß, wenn der Kommissionär dem Auftrage — wie er ihn erhalten (übernommen) — zuwider handelte, das Recht auf Schadenersatz schon dann, wenn er nicht dem Auftrage gemäß d. h. nicht entsprechend den durch das Gesetz ergänzten Vorschriften des Kommittenten thätig geworden. Für die Richtigkeit dieser Gesetzesauslegung beruft sich Grünhut dann weiter auf

den ersten Absatz des Art. 370, wo das „übernommene“ Delkredere dem ortsüblichen gegenüber gestellt wird.

Allerdings kann er sich nicht verhehlen, daß die Art. 363 und 364 schnurstracks seiner Lehre widersprechen. Denn hier wird offenbar als Folge der auftragswidrigen Limitoverletzung nicht die Zurückweisung, sondern — und zwar auch im Art. 364 an erster Stelle — die Pflicht zum Schadenersatz genannt. Aber er sieht eben im Widerspruche mit der von uns aufgestellten Ansicht in den genannten Artikeln nicht Konsequenzen aus Art. 362, sondern Ausnahmen von demselben, die der Gesetzgeber wohlweislich normiert habe, um eben das nach Art. 362 zu gewinnende entgegengesetzte Resultat abzuwenden. Denselben Weg schlägt er zur Erklärung des seiner Theorie ebenfalls widersprechenden Art. 369 ein. Nur auf Art. 365 und 367 kann er sich also für seine Auffassung berufen.[13]) Hiernach hätte der Gesetzgeber ein Prinzip aufgestellt und zwei Konsequenzen für dasselbe, drei gegen dasselbe in unmittelbarem Anschlusse vorgetragen.

Man hat der Theorie Grünhuts entgegen gehalten,[14]) daß, wenn der um Ankauf von Pfandbriefen ersuchte Kommissionär verloste Stücke kaufe, hierin keine Verletzung des wirklich erteilten Auftrages liege, gleichwohl aber jeder Richter dem Kommittenten das Recht auf Zurückweisung zugestehen würde. Doch hat sich Grünhut hiergegen wohl zutreffend dahin verteidigt, daß bei einer solchen Kommission der Ausschluß verloster Stücke für selbstverständlich gehalten und darum als stillschweigend ausgedrückt angesehen werden müsse.

Indessen lassen sich nach beiden Seiten hin gegen die Lehre Grünhuts gewichtige Argumente ins Feld führen.

---

[13]) Vgl. hierzu Grünhut, bei Endemann Band 3, S. 198 und 199 Note 24 und 25.

[14]) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 26, S. 343 ff. (Löwenfeld) und dagegen Endemann's Handbuch (Grünhut) Band 3, S. 201. Note 27.

Wenn er behauptet, daß aus dem auftragswidrigen Verfahren des Kommissionärs dem Kommittenten das Recht auf Zurückweisung erwachse, so möchten wir folgenden Fall der Beurteilung anheimgeben. Der Kommittent A hat den Kommissionär B um den Ankauf von 5 Zentnern Zucker ersucht und um Übersendung der Ware am Tage nach der Lieferung gebeten. Der Kommissionär hat beim Abschluß des Kaufvertrages mit der Sorgfalt eines ordentlicheu Kaufmannes gehandelt, läßt jedoch in Folge der unerwartet großen Geschäftslast nach der Lieferung des Zuckers zwei Tage verstreichen, bis er die Ware an seinen Kommittenten versendet. Niemand wird in einem so gelagerten Falle dem letzteren das Recht der Zurückweisung einräumen; wenigstens vermöchte man dafür einen genügenden Anhalt im geltenden Rechte nicht zu finden. Andererseits steht es ihm frei, sein Interesse wegen der verspäteten Lieferung geltend zu machen. Allerdings hat hier der Kommissionär nicht gemäß dem übernommenen Auftrage gehandelt. Aber die Abweichung ist aller Wahrscheinlichkeit nach eine so unbedeutende, daß ihm wegen seines Versehens unmöglich eine Zurückweisung zugemutet werden kann.

Ist nicht gerade im Gegensatze zu Grünhut zu behaupten, daß es den Ruin des Kommissionshandels bedeute, wenn der Kommissionär schon wegen eines so geringfügigen Verstoßes eine Zurückweisung seitens des Kommittenten befürchten muß? Entspricht es den Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn man aus einem solchen Versehen, einem Fehler, an welchem die große Geschäftslast des Kommissionärs schuld trug, der eben wegen seiner vortrefflichen Verbindungen von allen Seiten aufgesucht wurde, ein Recht des Kommittenten ableitet, den Geschäftsschluß nicht für sich gelten zu lassen?

In der That ist denn auch die Grünhut'sche Meinung lediglich ein Ausfluß der allzustarken Betonung des Wortlautes der maßgebenden Gesetzesbestimmung, während der

Gesetzgeber offenbar im Art. 362 nur, wie auch im Satz 1 des Art. 361, ein Prinzip aufstellen wollte, dessen Anwendung er dem Ermessen des Richters überließ, indem er selbst vorsichtiger Weise durch gewisse aus seiner Maxime abgeleitete Folgesätze den richtigen Weg für die Auslegung andeutete. (Art. 363, 364, 365, 367 und 369.)

Auch nach der zweiten Richtung hin ist Grünhut's Lehre verfehlt, insofern er als Folge der Vertragswidrigkeit nur eine Interessenforderung zuläßt. Offenbar ist die Anzeige aus Art. 361, welche der Kommissionär gleich nach der Ausführung des Auftrages zu erlassen hat, lediglich die Erfüllung einer gesetzlich auferlegten Verbindlichkeit, weil der Kommittent nur in den seltensten Fällen eine dahin lautende besondere Vorschrift seinem Auftragsschreiben beifügt. Hiernach müßte eine Unterlassung der Anzeige immer nur einen Interessenanspruch begründen. Gleichwohl hat das Reichsgericht[15]) in einer unzweifelhaft zutreffenden Entscheidung die gegenteilige Ansicht vertreten, weshalb wohl eine weitere Widerlegung der Grünhut'schen Auffassung überflüssig erscheint.

Fragt man nun aber, wie die oben aufgeworfene Kontroverse zu entscheiden ist, wann also der Kommittent nur Schadensersatz fordern dürfe, wann er zur völligen Zurückweisung berechtigt sei, so erscheint allein die bereits angedeutete Antwort möglich, daß es — soweit keine gesetzlichen Bestimmungen vorhanden sind — von der Lage des Falles abhänge, ob die eine oder die andere Alternative eintreten solle.

Für die Zurückweisung wird ein höherer Grad des Verschuldens auf Seite des Kommissionärs gefordert werden müssen, ein Gedanke, dem schon Grünhut's Theorie Ausdruck giebt. Immerhin kann selbst bei einem geringen Verschulden des Kommissionärs das Interesse des Kommittenten in der Entlassung aus dem für ihn abgeschlossenen Geschäfte bestehen,

---

[15]) Vgl. Entscheidungen Band 14, Nr. 30 und dazu unsere Ausführungen auf S. 49 f.

wesfalls dann der Interessenanspruch mit dem Recht auf Zurückweisung thatsächlich zusammenfällt.

Der Kommissionär kann nun aber von den schädlichen Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens durch die Genehmigung des Kommittenten befreit werden. Wir wissen bereits, daß auch eine stillschweigende „Ratihabition" denkbar, ja, sogar vom Gesetzgeber anerkannt ist. (Art. 364, Abs. 2.)

Grünhut[16]) behandelt diese wichtige Frage unter dem Titel der „Negotiorum gestio" mit der ihm eigenen Ausführlichkeit. Wir meinen, daß es gerade hier deutlich erkennbar wird, wie wenig es sich empfiehlt, bei der Erörterung von Rechtsverhältnissen des modernen Verkehrslebens das einzige Heil in den römischen Rechtsquellen zu suchen. Die negotiorum gestio des römischen Rechts (in der deutschen Sprache unseres zukünftigen bürgerlichen Gesetzbuches „Geschäftsführung ohne Auftrag") hat zur wesentlichen Voraussetzung, daß der gestor negotii („Geschäftsführer") nicht gegen den ihm bekannten Willen des Dominus negotii („Geschäftsherr, hier Kommittent") thätig werde. Da nun eine Genehmigung in Kommissionsgeschäften nur dann in Frage kommen kann, wenn auftragswidrig[17]) gehandelt worden ist, so ergiebt sich hieraus, daß die Rechtssätze der negotiorum gestio mit unserem Rechtsverhältnisse nichts zu thun haben. —

Es tritt hinzu, daß die negotiorum gestio den Gegensatz zum Mandat bildet, daß beim Vorhandensein eines solchen nur die Grundsätze dieses Vertrages, nicht die der freiwilligen Geschäftsführung zur Anwendung kommen können.

Aus der negotiorum gestio entsteht ferner eine actio directa des Geschäftsherrn (dominus negotii) auf Schadensersatz und eine contraria des gestor (Geschäftsführer) auf

---

[16]) Vgl. a. a. O. S. 180 ff., §§ 24 und 25.

[17]) Wir geben von nun ab die Grünhut'sche Scheidung von Auftragswidrigkeit und Vertragswidrigkeit auf.

Genehmigung. Nur von der ersteren könnte in unserem Falle die Rede sein, da das gemeine Recht dieselbe auch bei der unberufenen Einmischung in fremde Geschäfte anerkennt. —

Von einer Klage des Kommissionärs auf Genehmigung wird niemals gesprochen werden können, und es entfällt damit jeder Grund, von der römischen negotiorum gestio bei der Beurteilung unserer Fragen auszugehen.[18])

Anerkennung verdient die von Grünhut nachdrücklich betonte Unterscheidung, ob der Kommissionär bei der auftragswidrigen Ausführung ein in die Vermögenssphäre des Kommittenten gehöriges Geschäft ausführte oder nicht. Es kann nämlich die Vertragswidrigkeit des Beauftragten darin bestehen, daß er die Ware des Auftraggebers verkaufte, aber bspw. zu unrichtiger Zeit. Umgekehrt kann der Fall auch so gelagert sein, daß der mit dem Ankaufe von 100 Zentnern Kaffee beauftragte Kommissionär fälschlich die gleiche Quantität Thee kaufte. In beiden Fällen liegt eine Verletzung des Auftrages vor; aber grundsätzlich verschieden ist das Verhältnis im Hinblick auf die Genehmigung des Auftraggebers. Denn in dem ersten Falle hat der Kommittent ein Recht darauf, sein Einverständnis zu erklären und das irrtümlich abgeschlossene Geschäft als das Seinige in Anspruch zu nehmen. Anders liegt es in dem zweiten Falle. Der Kommissionär ist zwar zum Schadensersatze verpflichtet, weil er das ihm aufgetragene Geschäft nicht zu Stande brachte. Aber der Kommittent hat keinen Anspruch darauf, daß das irrtümlich abgeschlossene Geschäft als sein Geschäft erklärt werde. Es kommt dagegen der Umstand in Betracht, daß der Ankauf des Thees ein zufälliges Ereignis ist, welches

[18]) S. 206 ff. bei Grünhut zeigt es sich deutlich, daß man sich niemals auf dem Gebiete des Handelsrechtes im romanistischen Gedankenkreise bewegen sollte. Er unterstellt dort nämlich im Anschlusse an seine Ausführungen über die negotiorum gestio die Möglichkeit eines Pfandrechtserwerbes ohne Besitzübergabe. — Siehe auch unten S. 40.

außerhalb der Vermögenssphäre des Kommittenten liegt, während in dem erstgenannten Falle es sein Eigentum war, das bei dem Geschäftsabschlusse verwertet wurde.

Immerhin ist eine nachträgliche Genehmigung in jedem der beiden Fälle denkbar. Der Kommissionär kann dem Kommittenten bspw. seinen Irrtum aufdecken und ihn um Genehmigung des unrichtigen Kaufes ersuchen. Aber der Unterschied ist eben darin gelegen, daß ein Recht auf Gutheißung des Theekaufes für den Kommittenten erst durch die Offerte, nicht schon ohne dieselbe, wie im ersten Falle, zur Entstehung gelangt.

Ist nun die Genehmigung des Kommittenten erteilt worden, so fragt es sich, welche Wirkung sie habe. Es ist selbstverständlich, daß die Gutheißung nur das ganze Geschäft, wie es zum Abschluß gelangte, treffen kann, nicht etwa von mehreren Verstößen einige, es sei denn daß der Kommissionär damit einverstanden ist. Muß also der Abschluß als solcher anerkannt werden, wenn von einer Genehmigung die Rede sein soll, so ergiebt sich weiter, daß die nachträgliche Einwilligung rückwirkende Kraft hat. Das Geschäft wird anerkannt, wie es ursprünglich abgeschlossen wurde. Die Thätigkeit des Kommissionärs wird als eine rechtmäßige angesehen. Er genießt also dieselben Rechte, als hätte er von vornherein dem Auftrage des Kommittenten entsprechend gehandelt. Er kann die Verzinsung seiner Vorschüsse vom Tage des Geschäftsabschlusses an und Ersatz seiner Auslagen beanspruchen, während andererseits der Kommittent beim Ankaufe fruchttragender Objekte die seit dem Tage des Geschäftsabschlusses gezogenen Früchte verlangen dürfte.[19])

Fraglich ist weiter, wann und wie der Kommittent seine Zufriedenheit kund zu geben habe. Es liegt auf der Hand, daß ihm Gelegenheit geboten werden muß, hinreichend zu er-

[19]) Übereinstimmend mit obigen Ausführungen § 127 des Civilgesetzentwurfes, insbesondere Abs. 4 Satz 1.

wägen, ob er sein Einverständnis zu dem auftragswidrig abgeschlossenen Geschäfte erklären wolle. Andererseits erheischt es das Interesse des Kommissionärs, nicht lange über die Entschließung des Kommittenten im Zweifel zu sein. Letzterer wird also mit einer der Lage des Falles nach möglichen Schnelligkeit seine Entschließung mitzuteilen haben, damit der Kommissionär nicht etwa durch sein Zögern in einen größeren Schaden gestürzt werde. Aus seinem Schweigen wird eine bejahende Antwort nur mit großer Vorsicht[20]) zu folgern sein. Der Gesetzgeber anerkennt einen solchen Schluß für den Fall der Verletzung des Limitos beim Einkauf (Art. 364). Man wird diesen Satz daher wohl nur auf ähnliche Fälle vertragswidrigen Handelns ausdehnen können, also etwa auf eine unberechtigte oder zu lange Kreditgewährung. Selbstverständlich kann sich die Anerkennung des Kommittenten nur auf die ihm bekannten Punkte vertragswidrigen Handelns beziehen.

Zweites Kapitel.

Die Pflichten des Kommissionärs.

§ 5. A. Im Allgemeinen.

Wie schon in der Einleitung bemerkt, finden wir im Handelsgesetzbuche selbst nur die Verkaufs- und die Einkaufs-Kommission berücksichtigt, und es liegt auf der Hand, daß dieser Umstand bei der Festsetzung der dem Kommissionär obliegenden Pflichten von entscheidender Bedeutung sein mußte.

Dem Kommissionär, welcher mit dem Verkaufe einer

---

[20]) Über die Erwägungen vom gesetzgeberischen Standtpunkte aus vgl. meine Ausführungen in den Annalen des deutschen Reiches 1889, S. 643 f.

Ware beauftragt wird, pflegt der Kommittent bei der Auftragserteilung zumeist die Ware zu übersenden, woraus sich ergiebt, daß für den Kommissionär Pflichten in Bezug auf das ihm zugehende Frachtgut entstehen.

Selbstverständlich obliegt es ihm sodann, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes sich für den Verkauf der Ware zu interessieren. Findet er einen Käufer, so muß er hiernach den Vorteil seines Auftraggebers beim Abschluß des Kaufvertrages aufs Gewissenhafteste wahrnehmen.

Bei der Einkaufskommission kommt außer dem Gesagten namentlich in Betracht, daß der Kommissionär in Vertretung seines Auftraggebers die Empfangbarkeit der gekauften Ware zu prüfen hat.

Sowohl bei der Ein- als bei der Verkaufskommission obliegt es endlich dem Kommissionär, den Kommittenten über seine Thätigkeit und daneben über alle die Vorgänge in Kenntnis zu setzen, welche jenen in seinen Entschließungen hinsichtlich des aufgetragenen Geschäfts beeinflussen können. Der Gesetzgeber faßt diesen Gedanken in die Worte zusammen, der Kommissionär habe „die erforderlichen Nachrichten“ an den Kommittenten zu erstatten. Offenbar aber sind darunter diejenigen Nachrichten verstanden, welche ein mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes thätiger Kommissionär seinem Auftraggeber hinsichtlich der von diesem geplanten Spekulation zu erteilen verbunden ist.

Hieran schließt sich die Pflicht des Kommissionärs zur Rechenschaftsablegung und eventuell zu den vertragsmäßigen Leistungen an den Kommittenten.

Sohin vermögen wir bei Betrachtung der dem Kommissionär obliegenden Pflichten vier Gruppen zu unterscheiden: 1) Pflichten hinsichtlich der übersendeten Ware; 2) Pflichten hinsichtlich des Abschlusses des Kaufvertrages; 3) Pflichten hinsichtlich der Erfüllung des Kaufvertrages; 4) Die Anzeige und die sonstigen Mitteilungen.

§ 6. 1) Die Pflichten des Kommissionärs hinsichtlich der ihm übersendeten Ware.

Hat der Kommittent dem Kommissionär zugleich mit der Verkaufskommission die zu verkaufende Ware übermittelt, so kann möglicherweise durch den Transport eine Beschädigung des Gutes eingetreten sein, und zwar eine solche, für welche der Frachtführer haftbar ist. Nach Art. 408 erlischt nun mit der Annahme des Gutes und der Bezahlung der Fracht seitens des Adressaten jeder Anspruch, sofern die Schäden, wegen deren eine Haftbarkeit des Frachtführers behauptet wird, schon bei der Ablieferung äußerlich erkennbar waren.

War jedoch der Verlust oder die Beschädigung nicht schon bei der Übergabe sichtbar, so ist es dem Empfänger möglich gemacht, noch später gegen den Frachtführer vorzugehen. Aber auch in diesem Falle muß der Adressat gleich nach Entdeckung des Schadens für die Feststellung desselben Sorge tragen und seinerseits den Beweis erbringen, daß die Beschädigung oder der Verlust zu der Zeit eingetreten ist, während welcher den Frachtführer die Verantwortung für das Gut traf.

Nur eine Konsequenz dieser Vorschriften ist es, wenn Art. 365 dem Kommissionär die Pflicht auferlegt, für den Fall, daß sich die übersendete Ware in einem äußerlich erkennbar beschädigten oder mangelhaften Zustande befindet, die Rechte des Kommittenten gegen den Frachtführer zu wahren. Dieser Verpflichtung hat er nicht schon dadurch Genüge geleistet, daß er gegen die Beschaffenheit der Ware bei der Abnahme Protest erhebt. Von einer Wahrung der Rechte des Kommittenten wird vielmehr erst dann gesprochen werden können, wenn er diejenigen Maßregeln trifft, welche zur Sicherung einer erfolgreichen Geltendmachung der Rechte des Kommittenten gegen den Frachtführer geeignet

sind (Vorenthaltung der Fracht, Arrestschlag und dergl.)[1]. Er ist ferner verpflichtet, für den Beweis des schadhaften Zustandes zu sorgen und dem Kommittenten unverzüglich von dem Geschehenen Nachricht zu erteilen.

Ist das Frachtgut dem Verderben ausgesetzt oder Gefahr im Verzuge, so hat er sogar zur öffentlichen Versteigerung nach Art. 343 zu schreiten, und zwar nötigenfalls ohne vorherige Benachrichtigung seines Kommittenten, sofern nämlich ein solches Vorgehen bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten ist.

Macht sich der Kommissionär gegenüber diesen Vorschriften einer Pflichtverletzung schuldig, so hat er den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Bei der Beratung des Gesetzbuches fiel das im preußischen Entwurfe vorgeschlagene strengere Präjudiz, nach welchem sich der Kommissionär solchen Falles auf den schadhaften Zustand der Ware dem Kommittenten gegenüber überhaupt nicht mehr hätte berufen dürfen. Nach geltendem Rechte ist also der Kommissionär schon dann von der Ersatzpflicht befreit, wenn er darthun kann, daß sich der Kommittent gegen den Frachtführer wegen dessen Insolvenz zu erholen nicht im stande gewesen wäre.

Die in gutem Zustande eingetroffene Ware muß der Kommissionär in sorgfältige Verwahrung nehmen. Treten an derselben, während sie sich in seinem Gewahrsam befindet, Verluste oder Beschädigungen ein, so trifft ihn der Beweis, daß der Verlust oder die Beschädigung durch Umstände herbeigeführt wurde, welche er trotz der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht abwenden konnte.[2])

Es genügt hiernach — wie sich auch unzweifelhaft aus den Protokollen ergiebt[3]) — noch nicht, daß die Entstehung des Schadens nicht von dem Kommissionär verschuldet war,

---

[1]) Vgl. Lutz Protokolle zum Handelsgesetzbuche S. 5092.

[2]) Vgl. Art. 367, Abs. 1.

[3]) Vgl. Lutz Protokolle S. 695 unten.

sondern es muß weiter dem Kommissionär trotz der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes unmöglich gewesen sein, den eingetretenen Schaden abzuwenden.

Ist der Kommissionär wegen des Unterganges der Ware ersatzpflichtig, so wird der Regel nach für die Berechnung der Höhe des Schadens nicht der Wert der Ware am Tage der Vernichtung entscheidend sein, wie Grünhut[4]) lehrt, sondern der Wert des Tages, an welchem der Kommittent Kenntnis von der Vernichtung erhielt. Denn erst jetzt ist er in der Lage, durch erneute Anschaffung des ihm unverschuldet verloren gegangenen Gutes seinen Schaden auszugleichen. Verzichtet er freilich hierauf oder ist ausnahmsweise die untergegangene Ware ein individueller Gegenstand so wird der Tag des Unterganges für die Abschätzung des Interesses maßgebend sein, unbeschadet des Rechtes des Kommittenten, einen erweislich höheren Verlust geltend zu machen.

Ausdrücklich hat sich der Gesetzgeber mit der Frage befaßt, ob es zu den Obliegenheiten des Kommissionärs gehöre, die ihm zugesendete Ware gegen etwaige Gefahren zu versichern. Eine Verpflichtung hierzu wird nur für den Fall anerkannt, daß der Kommittent eine dahin lautende besondere Vorschrift erteilt hat.[5])

Hiermit gab der Gesetzgeber offenbar der Überzeugung Ausdruck, daß ein mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes thätiger Kommissionär zur Versicherung nicht verpflichtet sei. Diese Auffassung ist vollkommen begründet, und wir sind also nicht genötigt, dem Gesetzgeber eine Inkonsequenz zum Vorwurf zu machen.[6])

Übrigens hat das Gesetz sich darauf beschränkt, zu bestimmen, wann der Kommissionär zur Versicherung verpflichtet

[4]) Vgl. a. a. O S. 221, Text zu Note 8. So unrichtigerweise auch der „Entwurf" § 240; dag. „Annalen" 1890. S. 46.

[5]) Vgl. Art. 367, Abs. 2.

[6]) Anderer Meinung Grünhut S. 231 oben.

sei. Es enthält hingegen nichts darüber, ob der Kommissionär, welcher im einzelnen Falle ohne bestimmte Weisung die Ware versicherte, Rückzahlung der Prämie von dem Kommittenten verlangen dürfe.

Im Gegensatz zu der Mehrzahl der Schriftsteller[7]) und der Rechtsprechung[8]) möchten wir es als Regel aufstellen, daß diese Rückerstattungspflicht nicht anzuerkennen sei. Hat der Kommissionär im einzelnen Falle ohne Auftrag versichert, so wird die Vermutung dafür sprechen, daß er es im Interesse seines Pfandrechtes gethan. Denn im Hinblick auf den zweiten Absatz des Art. 367 muß es als Willensmeinung[9]) des Kommittenten erklärt werden, daß eine Versicherung unterbleiben solle, es sei denn, daß ein bestimmter gegenteiliger Anhaltspunkt vorhanden ist. Ein solcher könnte auch aus einer dem Auftraggeber bekannten geschäftlichen Gepflogenheit des Kommissionärs, seine sämtlichen Kommissionswaren zu versichern, oder aus einem dahingehenden Geschäftsgebrauche zwischen den Kontrahenten des einzelnen Falles entnommen werden. Abgesehen hiervon aber muß daran festgehalten werden, daß dem Kommittenten Rechtskenntnis zugetraut werden darf. Er weiß, daß der Kommissionär nicht zu versichern brauche, und wird demnach nötigenfalls selbst versichert haben.

Aus der reichsgerichtlichen Judikatur möchten wir schließlich einen einschlägigen Fall hervorheben, der sich auf das völlig gleich gelagerte Speditionsverhältnis bezieht.[10]) Der Kom-

---

[7]) Statt anderer Grünhut S. 231 unten.

[8]) Erkenntnis des Obertribunals vom 17. Dezember 1861. (Str. Band 43, S. 284), ferner Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band VII, Nr. 95, S. 361.

[9]) Erkenne man dies an, so muß man die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts (Note 9), welche mit einer negotiorum gestio operiert, unbedingt zurückweisen.

[10]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band 6, Nr. 31, S. 118.

mittent hatte die Vorschrift erteilt, seine zum Transport an den Spediteur übermittelte Angorawolle gegen jeden Schaden zu versichern. Der Spediteur wendete sich infolgedessen an die „Vaterländische Transportaktien-Versicherungs-Gesellschaft in Elberfeld", welche Angorawolle zu dem regelmäßigen Satze nur „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" annahm. Die Wolle wurde durch Seewasser beschädigt, weshalb der Kommittent, da die Versicherungs-Gesellschaft mit Recht jede Haftbarkeit ablehnte, klagend gegen den Spediteur auftrat.

Das Reichsgericht hielt die Klage für unbegründet, weil unter Versicherung gegen jeden Schaden nur Versicherung gegen alle Unfälle zu verstehen sei, dem Spediteur aber wegen seines Verhaltens die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht vorgeworfen werden könne.

Wir halten dieses Urteil nicht für zutreffend. Denn die Auslegung des klägerischen Verlangens, „gegen jeden Schaden" zu versichern, ist entschieden eine willkürliche. Wer eine Sache gegen jeglichen Schaden geschützt haben will, denkt nicht nur an gänzliche Vernichtung, sondern gerade an eine Sicherung gegen Beschädigung. Schwerlich aber heißt es mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verfahren, wenn man trotz der Aufforderung, gegen jeden Schaden zu versichern, sich damit begnügt, bloß gegen Unfälle zu assekurieren, obwohl die Versicherung gegen jegliche Beschädigung bei Zahlung einer höheren Prämie möglich war.

So gewiß niemand behaupten wird, daß dem Spediteur ein Vorwurf daraus zu machen gewesen wäre, wenn er die höhere Prämie gezahlt hätte, wie vielmehr jeder Richter bei einer Kommission, wie sie im vorliegenden Falle lautete, es für gerechtfertigt halten wird, den von dem Spediteur aufgewendeten höheren Betrag als eine zweckentsprechende Auslage anzuerkennen, muß man es wohl auch als ein Gebot kaufmännischer Sorgfalt erklären, die Versicherung zu der

höheren Prämie zu bewirken, um dadurch dem Ersuchen des Kommittenten in vollem Maße gerecht zu werden.

Schon dann hätte das Reichsgericht anders entschieden, wenn es sich nur an den obersten, von ihm selbst anerkannten Grundsatz des Kommissionsrechtes gehalten hätte. Dieser nämlich lautet dahin, daß die imperative Kommission strikte zu befolgen ist. Was anders aber war hier die Weisung des Kommittenten, als eine imperative Kommission?

§ 7. 2) Die Pflichten des Kommissionärs hinsichtlich des Abschlusses des Kaufvertrages.

Der Gesetzgeber hat, wie bereits früher bemerkt, als oberste Maxime für die Beurteilung des Kommissionärs den Satz aufgestellt, daß derselbe bei seiner Thätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes aufzubieten habe.

Ist nun dem Kommissionär ein Verkaufsauftrag zu teil geworden, so wird für ihn die Vorschrift des Gesetzes in doppelter Richtung von Bedeutung sein. Er wird sich zu bemühen haben, einen solventen Käufer unter den vom Kommittenten ausgesetzten Bedingungen ausfindig zu machen; er wird aber weiter seine Bemühungen darauf erstrecken müssen, die Ware zu möglichst günstigen Bedingungen loszuschlagen. Verkauft er an A, während er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes in Erfahrung bringen konnte, daß B einen höheren Preis gezahlt hätte, so macht er sich einer Pflichtverletzung schuldig, für die er Schadenersatz zu leisten hat. Dabei ist es gleichgültig, ob das Angebot des A bereits das vom Kommittenten gesetzte Limito überschritt. Das Limito hat nur die Bedeutung, daß es die Grenze zieht, unterhalb welcher ein Verkauf unzulässig sein soll. Und wenn es auch mit der Auffassung der Geschäftswelt oft nicht übereinstimmen mag, so ist es doch nur angemessen und konsequent, daß der Gesetzgeber den über dem Limito

erzielten Preis dem Kommittenten zuspricht. (Art. 372, Abs. 1). Schließt auch der Kommissionär, welcher als ordentlicher Kaufmann handeln muß, zu weit vorteilhafteren Bedingungen ab, als der Kommittent überhaupt hoffen konnte, so ist der Mehrerlös gleichwohl ein in das Vermögen des Kommittenten gehöriger Gewinn. Denn so gewiß der Kommissionär nur infolge des ihm zu teil gewordenen Auftrags thätig wurde und so sicher er verlangen kann, daß ihm alle seine nötigen und nützlichen Aufwendungen vom Kommittenten neben der Provision erstattet werden, ebenso bestimmt hat der letztere einen Anspruch darauf, daß das auf seine Order und auf sein Risiko hin geschlossene Geschäft nur ihm zu statten komme. Wie dem Beauftragten kein Schaden aus der übernommenen Kommission erwachsen darf, so soll er auch außer der Provision keinen Gewinn erzielen.

Dieselben Grundsätze machen sich geltend, wenn das aufgetragene Geschäft eine Einkaufskommission war. Auch hier hat der Kommissionär um den Ankauf der Ware zu den für den Kommittenten günstigsten Bedingungen sich zu bemühen und dabei allen Weisungen desselben Folge zu leisten, soweit dies mit der Beobachtung der einem ordentlichen Kaufmanne obliegenden Pflichten vereinbar ist.

§ 8. 3) Pflichten hinsichtlich der Erfüllung des Kaufvertrages.

Der Kommissionär, welcher einen Verkaufsauftrag ausgeführt hat, ist dafür, daß die Kaufpreisforderung einbringbar sei, nicht verantwortlich, vorausgesetzt nur, daß er bei der Auswahl des Käufers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verfuhr.

Von Bedeutung erscheint daher die Frage, ob der Kommissionär berechtigt sei, die Ware des Kommittenten auf Kredit zu verkaufen. In dieser Hinsicht bestimmt Art. 369, daß der Kommissionär, welcher ohne Einwilligung des Kom-

mittenten Vorschüsse macht oder Kredit gibt, dies auf eigene Gefahr thue. Die Einwilligung des Kommittenten wird entweder eine stillschweigende oder eine ausdrückliche sein. Die stillschweigende kann im einzelnen Falle schon daraus entnommen werden, daß auch bei früheren Kommissionsgeschäften (der in Rede stehenden Art) der Kommittent mit der Kreditgewährung einverstanden war. Möglicherweise hat auch der Kommissionär bereits bei Eingehung der Geschäftsverbindung erklärt, daß er Warenverkäufe nur mit „90 Tage Ziel" effektuiere.

Einen Fall stillschweigender Vereinbarung der Kreditgewährung erkennt der Gesetzgeber im Art. 369, Abs. 2 offenbar selbst an. Besteht nämlich an dem Orte des Geschäfts ein Handelsgebrauch, nach welchem regelmäßig der Kaufpreis eine gewisse Zeit lang kreditiert wird, so soll auch der Kommissionär zur Kreditgewährung berechtigt sein, wenn der Kommittent ihm diese Befugnis nicht ausdrücklich versagt hat.

Wie schon früher erwähnt, wird es regelmäßig der Intention der Parteien entsprechen, daß das Geschäft an dem Orte zum Abschluß gelangen solle, an welchem der Kommissionär seine Handelsniederlassung hat. Ist, ohne daß der Auftraggeber es wissen konnte oder mußte, der Abschluß an einem fremden Orte erfolgt, und zwar an einem solchen, in welchem anders als am Wohnorte des Kommissionärs das Kreditieren des Preises Handelsgebrauch ist, so darf hieraus eine Ermächtigung zur Kreditgewährung für den Kommissionär nicht abgeleitet werden; denn der Gesetzgeber läßt es im Art. 369 deutlich erkennen, daß eine Krediteinräumung nur bei mutmaßlichem Einverständnisse des Kommittenten Platz greifen solle.

Hat nun aber der Kommissionär unbefugterweise auf Kredit verkauft, so darf der Kommittent ihn selbst in Anspruch nehmen, gleichsam als wäre er Schuldner des Kaufpreises. Könnte der Kommissionär beweisen, daß infolge der Kredit-

gewährung ein höherer Kaufpreis erzielt worden sei, so würde er nur zur Zahlung des Preises angehalten werden, welchen er im Falle unterlassener Kreditgewährung vereinnahmt hätte. Doch dürfte der zu entrichtende Preis niemals hinter dem Limito zurückbleiben.

Im Falle unbefugter Kreditgewährung ist es nicht erforderlich, daß der Kommissionär sich schon bei der Verkaufsanzeige zur Zahlung des Kaufpreises erbiete, wie dies Art. 364 für die Limitoverletzung vorgeschrieben hat. Er darf vielmehr abwarten, ob der Kommittent sein Vorgehen nicht gleichwohl gutheißen werde. Unterbleibt die Genehmigung, dann allerdings ist er verpflichtet, die Gefahr der Krediteinräumung selbst zu übernehmen. Er kann sich nicht darauf berufen, daß ohne Kreditierung des Preises die Ausführung des Geschäfts unmöglich gewesen wäre. Denn er hat die Ware des Kommittenten veräußert und sich dabei einer Vertragswidrigkeit schuldig gemacht. Für diese hat er nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches entsprechenden Schadenersatz zu leisten, der gegebenen Falles in der Übernahme des Risikos besteht.

Unvereinbar mit unserer aus Abs. 3 des Art. 369 abgeleiteten Rechtsauffassung ist nun aber die Entscheidung Grünhut's,[1]) welche den Fall betrifft, da der Zeitraum der zulässigen Kreditierung unbefugter Weise vom Kommissionär verlängert wurde. Grünhut geht davon aus, daß der Kommittent inhaltlich seines Auftragsschreibens in einen dreimonatlichen Kredit eingewilligt, der Kommissionär aber unter Überschreitung dieser Vorschrift einen sechsmonatlichen gewährt hat. „Hätte — so lautet sein Resultat — der Kommittent die Ware dem Kommissionär noch gar nicht übersendet, so stünde ihm das Recht zu, den auftragswidrigen Verkauf als nicht für seine Rechnung geschehen,

---

[1]) Vgl. a. a. O. S. 424.

als ein ihm ganz fremdes negotium zurückzuweisen, und die Ware zu behalten." Man sieht, wie Grünhut hier durch seine von uns zuvor bekämpfte Auffassung des Art. 362 genötigt wird, gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes zu verstoßen. Denn, wenn das Gesetz bei einer unbefugten Kreditgewährung seitens des Kommissionärs das Recht des Kommittenten dahin beschränkt, daß er lediglich die Übernahme des Risikos von seinem Gegner verlangen dürfe, so geht es wohl nicht an, die Zurückweisung wegen einer unzulässigen Verlängerung der erlaubten Kreditfrist zu statuieren. Auch hier hat Grünhut — wie man aus dem Zusammenhange ersieht — sein verfehltes Resultat durch die unpassende Hineinziehung der negotiorum gestio gewonnen, mit welcher man bei Erörterung des Mandatsverhältnisses überhaupt nicht operieren sollte.

Denkbar ist schließlich auch, daß der Kommissionär infolge einer mit dem Kommittenten getroffenen Vereinbarung oder weil es so Handelsbrauch am Orte seiner Niederlassung ist, für die Zahlung des dritten Kontrahenten Delkredere stund.[2]) Dieses Einstehen ist offenbar eine Bürgschaft. Es wäre ein falscher Schluß, wollte man behaupten, daß der Kommittent infolge der Annahme des Delkredere auf die ihm nach Art. 368 zustehende Hauptforderung verzichte. Er will offenbar seine Sicherheit nur verstärken, keineswegs aber dieselbe durch Aufgabe eines ihm an sich schon zustehenden Rechtes beeinträchtigen.

Aus der Stellung des Kommissionärs als Bürgen folgt im Hinblick auf Art. 281, daß er zuerst und auf das Ganze von dem Kommittenten belangt werden darf.[3]) Zu diesem Ergebnisse gelangen wir schon deshalb, weil hier die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist. Denn alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum Betriebe seines

---

[2]) Hierüber sehr ausführlich und vortrefflich Grünhut S. 344 ff.

[3]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 12, Nr. 51.

Handelsgewerbes gehören, sind nach Art. 273 als Handelsgeschäfte anzusehen. Hieraus geht hervor, daß der zweite Absatz des Art. 370 überflüssig ist.

Auch im Falle einer Einkaufskommission kann der Kommissionär Delkredere stehen. In diesem Falle haftet er für die rechtzeitige und ordnungsmäßige Ablieferung der Ware; aber auch hier liegt in der Annahme des Delkredere durch den Kommittenten keineswegs ein Verzicht auf die aus dem Kaufvertrage mit dem dritten Kontrahenten begründete Forderung gegen diesen.

Fragt man nach der praktischen Bedeutung des Umstandes, daß mit der Annahme des Delkredere keineswegs ein Verzicht auf die Forderung gegen den dritten Kontrahenten verbunden ist, so liegt die Antwort überaus nahe. Der Kommissionär kann nämlich in Konkurs geraten und dadurch die von ihm geleistete Bürgschaft wertlos werden. Hier bleibt dem Kommittenten immerhin die Forderung gegen den Hauptschuldner, welcher nach Art. 368, Abs. 2 im Falle des Konkurses des Kommissionärs als sein Schuldner anzusehen ist. Er kann ihn jetzt direkt belangen, ohne damit seinen Anspruch gegen die Konkursmasse wegen eines etwaigen Ausfalles einzubüßen.[4])

Von Wichtigkeit ist endlich die Frage, ob der Kommissionär von seiner Haftung aus der Bürgschaftsschuld frei werde, wenn der Kommittent dem Hauptschuldner Stundung gewährt. Sie muß bejaht werden, da für die Regel anzuerkennen ist, daß der Bürge schon von vornherein seine Haftung an eine zeitliche Grenze, nämlich an die vertragsmäßige Kreditfrist, habe binden wollen. Aber selbst, wenn ein Ausnahmefall gegeben ist, wird die Bürgschaft jedenfalls dann hinfällig, wenn sich der Kommittent bei seiner Stundung einer Unachtsamkeit schuldig machte, die meist dann vor-

---

[4]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 9, Nr. 72.

liegen wird, wenn der Schuldner zur ursprünglich vereinbarten Zahlungszeit noch solvent war und erst nachträglich seine Zahlungen einstellte.

Das Reichsoberhandelsgericht[5]) hat in einem diesbezüglichen Falle die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes für entscheidend erklärt, da das Handelsgesetzbuch über die aufgeworfene Frage keine Bestimmungen enthalte. Immerhin dürfte es ratsam sein, daran zu erinnern, daß der einstehende Kommissionär nur entsprechend der getroffenen Vereinbarung bezw. nach Maßgabe der einschlägigen Handelssitte aus seiner Bürgschaft in Anspruch genommen werden kann. Sohin wird im Zweifel die Haftung eine zeitlich beschränkte sein. Denn es widerspricht dem Wesen des Kommissionsverkehres und des Handels überhaupt für einen Dritten eine zeitlich unbeschränkte Bürgschaft zu übernehmen.

Bei der Erörterung der Pflichten des Kommissionärs hinsichtlich der Erfüllung des Kaufvertrages darf die Verpflichtung des Einkaufskommissionärs zur Untersuchung der von dem dritten Kontrahenten gelieferten Ware nicht vergessen werden[6]). Vorausgesetzt wird natürlich entsprechend dem Art. 347, daß die Übersendung von einem fremden Platze her erfolgte. Es wäre nun freilich möglich, daß der Kommissionär dem dritten Kontrahenten die Weisung erteilte, dem Kommittenten direkt die Ware zugängig zu machen. Doch spricht dafür in Anbetracht der Thatsache, daß es im Interesse des Kommissionärs gelegen ist, dem dritten Kontrahenten seinen Auftraggeber zu verheimlichen, nur eine geringe Wahrscheinlichkeit.[7]) Wenn daher — was als Regel

[5]) Entscheidungen Band 5, Nr. 79, S. 355. Im Resultate stimmt das Erkenntnis mit uns überein.

[6]) Eingehender behandelt ist dieser Punkt unten § 25.

[7]) Anderer Meinung Grünhut a. a. O. S. 332, Abs. 2 unter Berufung auf die Ersparnis an Lagerräumen. — Indes wird der Kommissionär lieber eine geringe Mehrausgabe riskieren, als daß er sich durch Bekanntgabe seiner Klientel der Gefahr einer Konkurrenz aussetzt.

anzunehmen ist — die Übersendung der Ware zunächst an den Kommissionär erfolgt, so hat dieser das Gut so schnell, als es ein ordnungsmäßiger Geschäftsgang zuläßt, zu untersuchen und etwaige Mängel sofort zur Anzeige zu bringen. Unterläßt er dies, so muß er den Schaden tragen, welcher dem Kommittenten durch die Nichtempfangbarkeit der Ware erwachsen ist.

Selbstverständlich macht es — was den Einfluß des Art. 347 auf das Kommissionsverhältnis anlangt — keinen Unterschied, ob der Kommissionär Delkredere steht oder nicht. Verwirrend wirkt hier die Vorstellung, nach welcher der Delkredere stehende Einkaufskommissionär Verkäufer wird. Thatsächlich ist er nach unseren früheren Ausführungen nichts als ein Bürge und nimmt diese Stellung ein, ohne daß dadurch in seiner Eigenschaft als Kommissionär eine Veränderung eintritt. Selbstverständlich stehen ihm als Bürgen diejenigen die Vertragserfüllung betreffenden Einreden[8]) zur Seite, welche der Hauptschuldner dem klägerischen Kommittenten entgegensetzen könnte.[9]) Aber trotzdem ist es unrichtig zu sagen, daß der Delkredere stehende Verkaufskommissionär etwaige Mängel der Ware nach Art. 347 sofort anzuzeigen habe, nachdem ihm das Gut vom Wohnorte des Kommittenten übersendet worden ist. Verantwortlich macht er sich vielmehr erst dann, wenn er die ihm von dem dritten Kontrahenten

---

[8]) Diese Auffassung bringt der Gesetzgeber im Abs. 2 des Art. 370 selbst zum Ausdruck, indem er die Erfüllungspflicht des Kommissionärs insoweit statuiert, „als solche aus dem Vertragsverhältnisse überhaupt rechtlich beansprucht werden kann.“ — Vgl. auch Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 19, Nr. 61.

[9]) Vgl. hierzu insbesondere Seuffert's Archiv Band 33, Nr. 65. Hiernach hat der „Delkredere stehende“ Verkaufskommissionär dieselben Einreden, welche der Käufer nach Art. 347 geltend machen kann. Für ihn existiert jedoch die Zeitgrenze des Art. 347 nicht, sondern nur für den Käufer. Wohl aber hat er die Beanstandung seines Käufers dem Kommittenten nach Art. 361 sofort bekannt zu geben.

rechtzeitig angezeigten Mängel seinem Kommittenten nicht mit der gebotenen Schnelligkeit mitteilt.

Umgekehrt muß es als die Pflicht des Einkaufskommittenten angesehen werden, die ihm gelieferte Ware unter Beobachtung der Zeitgrenze des Art. 347 zu untersuchen,[10]) gleichviel ob der Kommissionär Delkredere stand oder nicht (vgl. S. 14). Denn, wenn er ihm die Ware, ohne ihre Mangelhaftigkeit anzudeuten, übersendet hat, so ist daraus zu entnehmen, daß er sie für empfangbar hielt; sohin ist es Sache des Kommittenten, den Kommissionär über seinen Irrtum ebenso schnell aufzuklären, wie er es dem Verkäufer schuldig wäre, um so mehr, als aller Wahrscheinlichkeit nach der Kommissionär den Schaden der Fehlerhaftigkeit zu tragen haben wird.[11]) Der Gegensatz zu dem voraus erörterten Falle der Verkaufskommission liegt hier darin, daß der Kommittent der Destinatär der Ware ist, der Kommissionär des vorigen Falles nur der Vermittler an den Destinatär.

Selbstverständlich ergiebt sich für den Kommissionär die Verpflichtung, welche im Art. 361 noch ausdrücklich Erwähnung gefunden hat, nach Ausführung der Kommission dem Kommittenten dasjenige zu leisten, was jenem aus dem abgeschlossenen Geschäft zukommt.

Handelt es sich um eine Verkaufskommission, so besteht seine Leistungspflicht in der Zahlung des Kaufpreises nur, wenn ein Baarkauf vorgeschrieben war, oder wenn er Delkredere gestanden ist; ebenso ist bei der Einkaufskommission nur unter diesen Voraussetzungen eine Verpflichtung des Kommissionärs zur Lieferung der Ware begründet. Aber selbst, wenn der Kommissionär für die Forderung des Kommittenten gegen den dritten Kontrahenten nicht eingestanden

---

[10]) Hierüber ausführlicher § 25.

[11]) Dies ist um deswillen anzunehmen, weil die Frist des Art. 347 meist verstrichen sein wird; jedenfalls aber tritt die Präklusion ein, wenn der Kommittent nicht unverzüglich Nachricht giebt.

ist, hat der Kommittent doch einen Anspruch auf Abtretung der für ihn begründeten Forderungsrechte, und, wenn diese Forderungen bereits realisiert sind, eine Klage auf Zahlung des Preises bezw. auf Lieferung der Ware.

§ 9. 4) Die Anzeige und die sonstigen dem Kommissionär obliegenden Mitteilungen.

Es ist eine in der Praxis und Theorie streitige Frage,[1]) welche rechtliche Bedeutung die im Art. 361 statuierte Anzeigepflicht des Kommissionärs habe.

Schon bei der Beurteilung der Grünhut'schen Auffassung des Art. 362 (S. 25, Abs. 2) sahen wir uns genötigt, diesen Punkt zu berühren. In unserem Zusammenhange ist es geboten, ihn eingehend zu erörtern.

Unsere Darlegung wird hier dadurch erleichtert, daß sich für uns in der Sammlung der Reichsoberhandels- und Reichsgerichtsentscheidungen eine Reihe von Anhaltspunkten bietet.

Die praktische Seite dieser Kontroverse bezieht sich natürlich auf die wichtige Frage, welche Wirkung der Unterlassung einer Anzeige beizumessen sei.

Soll diese Pflichtverletzung des Kommissionärs dem Auftraggeber das Recht zu gänzlicher Zurückweisung des ausgeführten Geschäftes geben oder soll daraus für ihn nur das Recht erwachsen, Schadenersatz zu fordern? [2])

Im letztgenannten Sinne entschied sich die Berliner Juristenfakultät. [3]) Aus der vom Reichsoberhandelsgerichte wiederholten Begründung jener Ansicht ist zu entnehmen, daß

[1]) Vgl. in dieser Hinsicht Grünhut a. a. O. S. 152 ff. (Litteratur § 22, Note 1) und in Endemann's Handbuch S. 195 f.

[2]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 18, Nr. 85.

[3]) Für die zweite Alternative auch Grünhut a. a. O. S. 154 unten, vgl. Reichsoberhandelsgericht Band 11, Nr. 19 im Eingang.

die Fakultät sich auf eine Buchstabeninterpretation stützte. Das Recht auf Zurückweisung nach Art. 362 bestehe keineswegs gegenüber jeder Verletzung des Art. 361. Schon die Eingangsworte des erstgenannten Artikels, welche lediglich die Zuwiderhandlung gegen den übernommenen Auftrag ins Auge fassen, ergeben vielmehr, daß das Präjudiz der Zurückweisung nur auf den ersten Satz des Art. 361 („auftragsmäßige Ausführung des Geschäfts"), nicht auch auf den zweiten („die erforderlichen Nachrichten") sich beziehe. Bei einer Pflichtverletzung des Kommissionärs hinsichtlich der ihm auferlegten Mitteilungen werde daher lediglich die Leistung von Schadenersatz verwirkt. Würde doch die entgegengesetzte Ansicht dazu führen, daß die von dem Kommissionär zu erstattende Anzeige wie eine Sollemnität im Wechselrechte aufzufassen wäre, was dem Wesen des Kommissionsgeschäftes im allgemeinen nicht entsprechen dürfte. [4])

---

[4]) Merkwürdigerweise ergreift auch Grünhut gegen dieses Resultat im Widerspruch zu seiner Lehre und in Übereinstimmung mit dem Reichsoberhandelsgericht die Opposition und zwar unter folgender Begründung: „Im gegebenen Fall ist in der That die Annahme berechtigt, daß der Kommittent pünktliche Erfüllung der Anzeigepflicht als einen inhärierenden Bestandteil der Ausführung der Kommission imperativ, wenn auch stillschweigend vorgeschrieben habe; es handelt sich um den Einkauf von Gegenständen, welche ihrer Natur nach starken Preisschwankungen ausgesetzt sind, rücksichtlich deren daher der Kommissionär bis zur Anzeige ganz besonders in der Lage ist, auf Kosten des Kommittenten zu spekulieren und je nach den Konjunkturen den Einkauf als für seine eigene oder aber als für Rechnung des Kommittenten geschlossen zu behandeln. Dazu kommt, daß sich aus dem Aktieneinkauf des Kommissionärs für sich allein nicht erkennen läßt, ob derselbe für Rechnung des Kommittenten geschlossen sei oder nicht, daß aber der Kommittent das größte Interesse daran hat, sobald als möglich über diesen Punkt, also darüber, ob er über die Aktien verfügen könne, im Klaren zu sein, und daß daher sein Wille darauf gerichtet sein mußte, daß sich die Absicht des Kommissionärs für Rechnung des Kommittenten zu kontrahieren, durch die alsbaldige Anzeige der Ausführung des Auftrages manifestiere."

Begreiflicherweise hat das Reichsoberhandelsgericht sich durch diese Darlegung nicht überzeugen lassen; daß es aber bei der Vertretung seiner im Resultate abweichenden Ansicht[5]) von richtigen Erwägungen geleitet wurde, wird man schwerlich zugeben können.

Der Fall war folgender: A hatte seinem Bankier einen Auftrag zum Ankauf von 10000 Thlr. Lloyd-Aktien erteilt und einen bestimmten Kurs für die Anschaffung vorgeschrieben. Der Bankier hatte die Kommission zur Ausführung gebracht, ohne Anzeige darüber zu erstatten. Es handelte sich darum, ob A infolgedessen zur Zurückweisung der ausgeführten Kommission berechtigt sei. Der Kommissionär hatte die Unterlassung der Anzeige erst 2 Monate nach der Ausführung entdeckt, zu welcher Zeit die Aktien bereits um mehr als 39 % im Kurse gesunken waren, und hatte nun allerdings das Versäumte nachgeholt.

Fragt man — was hier offenbar entscheidend ist —, welchen Zweck hat die Anzeige überhaupt und welchen Einfluß ihr Ausbleiben im vorliegenden Falle, so wird man schwerlich ein unrichtiges Urteil in der Sache selbst abgeben.

Das Reichsoberhandelsgericht hat gleichwohl diesen Weg verfehlt und durch irrtümliche allgemeine Erwägungen geleitet, ist es zu einem unhaltbaren Resultate gelangt. Der Gerichtshof geht von der Ansicht aus, der Kommissionär könne durch Unterdrückung der Anzeige sich in die Lage versetzen, auf Kosten seines Kommittenten zu spekulieren.

Diese Behauptung war vorliegenden Falles offenbar unrichtig. Der Auftrag schrieb Kauf zu bestimmtem Kurse vor. Sohin war der Kommissionär genötigt, wofern sich ein Angebot zu dem festgesetzten Preise zeigte, das Geschäft abzuschließen. Unterließ er dies, so machte er sich verantwortlich.

---

[5]) Der Gerichtshof gestand dem Kommittenten das Recht gänzlicher Zurückweisung zu, was in dem zur Entscheidung vorgelegenen Falle wohl unrichtig war, wie die obigen Ausführungen darthun.

Der Kommittent aber hatte ein Recht darauf, den Auftrag an dem Tage für ausgeführt anzusehen, an welchem die Kursnotiz mit seiner Preislimitierung übereinstimmte.[6]) Unbestritten ist der Zweck der Anzeige nur der, den Kommittenten von der geschehenen Ausführung zu unterrichten, damit seinen Widerruf unmöglich zu machen und ihn in die Lage zu versetzen, nunmehr diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, welche er nach Abschluß des Geschäftes vorkehren muß. Daß im vorliegenden Falle die Kommission zur Ausführung gelangt war, darüber konnte sich aber der Kommittent auch mit Sicherheit aus dem Kursblatte informieren.

War die Ausführungsanzeige unterblieben, so beruhte dies aller Wahrscheinlichkeit nach auf einem Versehen der Leute des Kommissionärs. Der Kommittent aber, welcher dem Beauftragten die größte Diligenz zur Pflicht machte, durfte bei ausbleibender Anzeige als „ordentlicher Hausvater" keineswegs Stillschweigen beobachten. (S. 14.) Brachte er sich dadurch doch in die Lage auf Kosten des Kommissionärs zu spekulieren. Er wartete vielleicht die weitere Kursentwickelung ab, um im Falle einer ihm günstigen Notiz das nicht angezeigte Geschäft als ein für sich geschlossenes zu reklamieren, andernfalls aber es abzulehnen. Denn jedermann wird zugeben, daß derjenige, welcher sich 30000 Mark Aktien kaufen läßt, auch die offiziellen Kursnotierungen über diese Aktien verfolgen muß und verfolgt. Vollkommen verfehlt war es hiernach, wegen der unterbliebenen Anzeige dem Kommittenten ohne weiteres das Recht der Zurückweisung zuzusprechen.

Anders, ja gerade entgegengesetzt war das thatsächliche

---

[6]) Es dürfte nicht überflüssig sein, zu bemerken, daß ein ordentlicher Kommissionär niemals einen Börsenauftrag ausführt, es sei denn, daß er sich für die Richtigkeit seiner Kursberechnung auf das Kursblatt berufen kann, vgl. auch Art. 376, Abs 2.

Verhältnis in einer der Entscheidung des Reichsgerichts [7]) vorgelegenen Sache. Der Kommittent hatte seinem Bankier anheimgestellt, die übermittelten Wertpapiere nach freiem Ermessen zu verkaufen. Dieser zeigte ihm am 19. August an, er habe 5000 Thlr. Stolberg-Zinkaktien für ihn am 17. August begeben. Der Kurs des 17. August war ein für den Kommittenten ungünstigerer, als der vom 19. August. Der Kommittent wies daher diese Anzeige, weil verspätet, zurück und verlangte Verkauf am 22. August.

Bei der Beweisaufnahme ergab sich, daß der Bankier, 7100 Thlr. obiger Aktien am 19. August begeben hatte, und er behauptete, daß unter diesen Aktien auch die Stücke seines Kommittenten sich befunden hätten. [8])

Das Reichsgericht sprach dem klägerischen Kommittenten den Kurs vom 22. August zu. Und mit Recht! Denn der ihm angekündigte Verkauf vom 17. August hatte erweislich nicht stattgefunden und war ihm obendrein zu spät angezeigt worden. Der Verkauf vom 19. August aber, auf welchen sich der Beklagte vor dem Gerichte berief, konnte dem Kläger gegenüber deshalb nicht gelten, weil er ihm überhaupt nicht mitgeteilt worden war. Sohin hatte Kläger vollkommen recht, für den 22. August einen Verkauf seiner Aktien anzuordnen.

Unverkennbar erhellt aus der Entscheidung des Reichsgerichtes, daß es in unserem Falle den Kommittenten für berechtigt hielt, das ihm nicht rechtzeitig angezeigte Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen. Wie schon früher bemerkt, [9]) liegt hierin ein vernichtender

---

[7]) Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen Band 14, Nr. 30.

[8]) Es bedarf wohl keines besonderen Hinweises auf den arglistigen Vertrauensmißbrauch des Kommissionärs, der den am 19. August ausgeführten Verkauf zu dem niedrigeren Kurse vom 17. August anzeigte. Das Reichsgericht hätte immerhin gut daran gethan, auf diesen Dolus hinzuweisen.

[9]) Vgl. S. 25.

Schlag gegen Grünhut's Theorie zu Art. 362. Denn in der Unterlassung der Anzeige des Kommissionärs liegt keine „Auftragswidrigkeit" desselben, sondern eine „Vertragswidrigkeit". Bei der durchaus fakultativen Gestaltung des Auftrages ist es doch unmöglich und zweifellos eine Petitio principii, in denselben eine imperative Vorschrift zur Anzeige hineinzulegen. Aber auch der andere Ausweg für Grünhut ist versperrt, nämlich die Berufung darauf, daß in unserem Falle das Interesse des Kommittenten in der Zurückweisung der Ausführung bestehe. Dagegen spricht, daß das Interesse des Auftraggebers offenbar lediglich auf die Erlangung des Kurses vom 19. August gerichtet war. Denn an diesem Tage hatte der Kommissionär nach dem ihm zu teil gewordenen Auftrage das Recht, für den Kommittenten zu verkaufen und hatte auch wirklich verkauft. Gleichwohl wurde durch das Reichsgericht der Kurs vom 22. August zugestanden.

Unrichtig erscheint hinwiederum ein drittes Erkenntnis,[10]) welches wir aus der Sammlung der Reichsoberhandelsgerichtsentscheidungen entnehmen. Der Kommittent hatte persönlich den Auftrag zum Abschluß eines Differenzgeschäftes erteilt, der Bankier aber sofort mündlich erklärt, alles nach Auftrag vollziehen zu wollen. Der Gerichtshof beanstandete gleichwohl den Mangel der Anzeige und fand darin einen Grund zur Abweisung des klagenden Kommissionärs. Auch hier dürfte jedoch höchstens ein Interessenanspruch des Kommittenten am Platze gewesen sein; ja es wird schwer fallen, einen solchen zu begründen. Das betreffende Erkenntnis leidet übrigens an einer sehr bedauerlichen Kürze. Es enthält nichts darüber, ob ein Kurs für den Abschluß festgesetzt war, und begnügt sich mit der Mitteilung, daß nach der Annahme des Appellrichters das fragliche Mandat die erforderliche Bestimmtheit vermissen lasse. Würde ein Kurs festgesetzt

---

[10]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 11, Nr. 19.

worden sein, oder der Auftrag dahin gelautet haben, „die Papiere heute bestens zu nehmen," so wären wir geneigt in der Antwort des Bankiers einen hinreichenden Ersatz für die Anzeige zu finden, womit wir allerdings zur einschlägigen Litteratur in Widerspruch treten.[11]) — Es kommt in Betracht, daß Kommissionen überhaupt, namentlich aber Börsenaufträge — sofern nicht etwas Gegenteiliges bestimmt ist — sofort zur Ausführung zu bringen sind. Folglich mußte der Kommittent ein Gleiches auch bei der von ihm erteilten Kommission voraussetzen, und er konnte als redlich Handelnder schwerlich dem Ausbleiben der Anzeige irgend ein Gewicht beilegen. Übrigens werden wir auf die gedachte Entscheidung noch bei der Frage des Selbstkontrahierungsrechtes zurückkommen müssen.[12])

Sollen wir endlich nach der vorangehenden Erörterung unserer Ansicht über die Bedeutung Ausdruck geben, welche der im Art. 361 vorgeschriebenen Anzeige beizulegen ist, so möchten wir es als Frage des Einzelfalles erklären, welcher Einfluß der Unterlassung einer Anzeige zuzuschreiben sei und welche Rechte aus ihr dem Kommittenten erwachsen können.

Handelt es sich um eine Kommission, bei welcher das zu veräußernde oder zu erwerbende Gut kein börsengängiges ist, so wird der Anzeige jedenfalls eine höhere Bedeutung zuzuschreiben sein, als wie, wenn die Ware eine ständige Kursnotiz hat und ihr Kauf bezw. Verkauf an einen bestimmten Kurs geknüpft wird. Es ist zu erwägen, daß im letztgenannten Falle mitunter im Drange des Geschäfts eine Anzeige unterbleibt, und man wird dem Kommittenten ein

---

[11]) Statt anderer Grünhut S. 154 Text zu Note 4. — Gerade bei den hier behandelten Rechtsfragen erkennt man in der juristischen Litteratur die bedauerlichen Folgen der Unkenntnis unserer Verkehrsverhältnisse.

[12]) Vgl. unten §§ 28 ff.

Recht aus diesem Versehen schon dann nicht einräumen dürfen, wenn er den Umständen nach annehmen mußte, daß seine Kommission wegen der Übereinstimmung der Kursnotiz mit dem Limito zur Ausführung gelangt sei.

Art. 361 stellt die Anzeige unter die Rubrik der „erforderlichen Nachrichten," welche der Kommissionär seinem Auftraggeber zu erstatten hat. Wir bemerkten bereits, daß hierher die Mitteilung von Umständen gehöre, welche die Spekulationsabsichten des Kommittenten hinsichtlich des aufgetragenen Geschäftes beeinflussen können. Welche Nachrichten diese Eigenschaft haben, muß der Kommissionär mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes in Erwägung ziehen. Doch haftet er niemals wegen der Unwahrheit seiner Berichte, wofern er nach Lage der Sache berechtigt war, sei es mit Bezug auf die Quelle, aus welcher sie stammten, sei es infolge des allgemeinen Eindrucks, welchen sie hervorriefen, sie für zutreffend zu erachten. — Möglicherweise ist dem Kommissionär anheimgegeben worden, Rohprodukte ins Ausland zu verkaufen. Doch soll er die Kommission erst im Monat August effektuieren. Er bringt im Mai in Erfahrung, daß um die Zeit der geplanten Ausführung des Geschäftes ein hoher Einfuhrzoll auf das betreffende Gut gelegt werden wird. Hier obliegt es ihm, den Kommittenten davon zu verständigen, damit dieser eventuell die Zeit oder den Preis des Abschlusses abändere. — Man thut übrigens gut daran, das Gebiet der „erforderlichen Nachrichten" möglichst einzuschränken, weil, wie schon früher erwähnt, der Kommissionär nur selten in der Lage ist, die Spekulationsabsichten seines Kommittenten hinreichend zu durchschauen. Eine Pflicht zur Benachrichtigung wird indessen namentlich dann anzunehmen sein, wenn der Kommittent um Aufklärung über gewisse seine Spekulation bestimmende Verhältnisse im voraus gebeten hat.

Beachtenswert ist und zwar um so mehr, als es von

unseren Schriftstellern[13]) nicht betont wird, daß die Mitteilungspflicht bisweilen, auch nach Abschluß des aufgetragenen Geschäftes, ja sogar nicht selten noch nach dessen Ausführung praktisch wird und sicherlich auch nach dem Willen des Gesetzgebers zur Anwendung zu kommen hat. So ist es bspw. möglich, daß der dritte Kontrahent, mit welchem der Kommissionär auf Kredit abgeschlossen, infolge einer unglücklichen Spekulation vor der Erfüllung seiner Verbindlichkeit große Verluste erleidet, wodurch natürlich auch die Forderung des Kommittenten gefährdet wird. Hier hat der Kommissionär nach Lage des Falles seinen Auftraggeber von den ihm bebekannt gewordenen Thatsachen zu unterrichten, sofern natürlich diese Kunde geeignet ist, den Kommittenten vor Schaden zu bewahren.[14])

Der Gesetzgeber sagt zwar im Art. 361, daß der Kommissionär dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu erteilen, ihm insbesondere sofort nach der Ausführung Anzeige von derselben zu erstatten habe. Doch ist aus der letztgenannten Exemplifikation keineswegs zu entnehmen, daß mit dem Abschluß des Geschäfts die Mitteilungspflicht des Kommissionärs ihr Ende erreiche. Dagegen kommt in Betracht, daß das Kommissionsgeschäft seinem Wesen nach eine Vertretung des Kommittenten durch den Kommissionär darstellt. Die Notwendigkeit einer solchen Vertretung ergiebt sich aber gerade vielfach im Erfüllungsstadium. Man denke an den Fall, daß dem Verkaufskommissionär vom Käufer gemeldet wird, die Ware sei nicht empfangbar. Niemand wird hier Bedenken tragen, die weitere Mitteilung an den Kommittenten als eine dem Kommissionär nach Art.

---

[13]) Selbst von Grünhut ist dieser Punkt übersehen worden.

[14]) Vgl. die Entscheidung des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift Jahrgang 1887. S. 43, Nr. 28, welche zwar das Agenturverhältnis betrifft, aber hier unbedenklich analog anwendbar ist.

361 obliegende Pflicht anzusehen; und doch ist gerade diese Mitteilung eine solche, die erst nach Erfüllung des Kaufvertrages erstattet wird.

Einen anderen, interessanten, die Mitteilungspflicht illustrierenden Fall entnehmen wir den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes.[15]) Ein Bankier war mit dem Verkauf von 2000 Thlr. Pluto-Bergwerksaktien beauftragt worden, während der Kommittent ihm nach der Ausführungsanzeige irrtümlich eine Prioritätsaktie über 1000 Thlr. übersendete, welche natürlich im Kurse höher stand, als die einfache. Der Bankier übersah es und übersandte die Aktie seinem Käufer, welcher sie ihm jedoch sofort retournierte. Anstatt auch seinerseits diesen Irrtum aufzudecken, behielt er das höherwertige Papier für sich und weigerte sich selbst auf Klage des Kommittenten, die Prioritätsaktie herauszugeben, da sie sein Eigentum geworden sei. Natürlich wurde er verurteilt; aber den Leser muß in der Entscheidung der schüchterne Ton befremden, welcher diesem offenkundigen Betruge gegenüber seitens des Gerichtshofes[16]) beobachtet wird. Unseres Erachtens gehört zu den Nachrichten, welche der Kommittent verlangen kann, auch die Aufklärung über einen solchen Irrtum, und wir würden keinen Augenblick Anstand nehmen, eventuell den Kommissionär aus Art. 361 und 362 zum Ersatz des Schadens wegen Vorenthaltung obiger Mitteilung zu verurteilen.

Endlich soll der Kommissionär dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft geben.

Auf den Wortlaut dieser Vorschrift darf übrigens kein zu großes Gewicht gelegt werden. Denn wollte man dem Kommissionär eine vollständige Rechtfertigung seines Thuns und Unterlassens zumuten, so würde man damit das Kom-

---

[15]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 16, Nr. 38, S. 135.

[16]) Dieses selbst hat freilich die Verpflichtung des Kommissionärs zur Mitteilung nicht ausgesprochen.

missionsgeschäft selbst untergraben und etwas völlig Unkaufmännisches in die Handelswelt hineinzutragen suchen.

Es ist eine Eigentümlichkeit des kaufmännischen Briefverkehrs, daß man sich möglichst schematisch, jedenfalls aber stets kurz faßt; damit verträgt es sich gewiß nicht, dem Kommissionär eine bogenlange Rechenschaftsleistung zuzumuten. In der That werden wir diese Schlußfolgerung auch vermeiden können, wenn wir auf den Grund der fraglichen Vorschrift zurückgehen. Es ist ein im bürgerlichen Rechte wiederholt hervortretendes Prinzip, daß, wenn der Anspruch des Berechtigten seinem Umfange nach ihm selbst unbekannt und nur nach den Angaben des Schuldners festzustellen ist, dem letzteren Rechnungslegung zur Pflicht gemacht wird.[17]) Mutet man ihm darüber hinaus noch zu, die Richtigkeit der einzelnen Ansätze durch Belege nachzuweisen, so spricht man wohl besser von einer Rechenschaftsablegung, wie es auch unser Gesetzbuch thut. Bei einer Kommission liegt natürlich die praktische Seite in der Rechtfertigung des angesetzten Preises.[18]) Diese ist möglich durch Bezugnahme auf die allgemeine Lage des Marktes und auf andere Verhältnisse, welche für seine Angemessenheit als Stütze dienen können.[19])

Da es, wie gesagt, dem Wesen des kaufmännischen Verkehrs widerspricht, sich auf lange Rechtfertigungsschreiben einzulassen, so wird man selbst das Fehlen einer Rechenschaftsleistung nicht beanstanden können, vorausgesetzt natürlich, daß

---

[17]) So beim Mandate, der freiwilligen Geschäftsführung, Vormundschaft und dgl.

[18]) Daß es sich wesentlich um die Rechtfertigung des angesetzten Preises handle, beweist der 2. Absatz des Art. 376 unzweideutig, wonach die „Rechenschaft“ auf den Nachweis der Einhaltung des Börsenpreises beschränkt wird.

[19]) Bei Preislimitierungen des Kommittenten wird man z. B. in diesen einen schätzbaren Anhalt haben.

die Rechnungsstellung nicht unterblieb. Hat der Kommittent sich mit der Aufstellung einer bloßen Rechnung zufrieden gezeigt, so würde seine nachträgliche Rüge der fehlenden Rechenschaft den Grundsätzen der bona fides widerstreiten.[20]) Anders, wenn er alsbald nach Empfang der Rechnung seine Gegenvorstellungen erhebt. Hier wird der Kommissionär namentlich hinsichtlich der Ansätze, welche für den Kommittenten ungünstig lauten, zu einer Rechtfertigung gehalten sein. Ja, es wird ihm nicht einmal erspart werden können, wofern er sich eines anderen zuverlässigen Mittels nicht bedienen kann, den Namen des Drittkontrahenten kundzugeben, trotzdem er an dessen Verheimlichung ein hohes Interesse hat.

Immerhin darf man nicht vergessen, daß die dem Kommissionär auferlegte Rechenschaftsleistung nur eine Pflicht des Kommissionärs, ein Recht hingegen lediglich auf Seite des Kommittenten ist. Wir betonen dies deshalb, weil nicht selten gegenüber der Klage des Kommittenten auf den Erlös der verkauften Ware, auf Klagenzession und dgl. die Einrede für zulässig erklärt wurde, der Kommittent habe zuvor auf Rechenschaftsablegung zu dringen.[21]) Das Reichsoberhandelsgericht[22]) hat diese Einrede wenigstens für den Fall verworfen, daß der Kommittent selbst die Rechnung aufstelle und dabei im denkbar weitesten Umfange den Vorteil des Kommissionärs berücksichtige. Wir meinen, daß man stets gegen das Gesetz verstößt, wenn man aus der Verpflichtung des Kommissionärs zur Rechenschaftsablegung zu gunsten

---

[20]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 8, Nr. 7, S. 34, Bd. 10, Nr. 41, S. 191, vgl. auch Entsch. des R. G. Bd. 21, S. 80 ff.

[21]) Vgl. neuerdings Rocholl, Rechtsprechung aus der Praxis des Reichsgerichtes, Breslau. Morgenstern 1887. Band 2, Heft 2, S. 226.

[22]) Vgl. Entscheidungen Band 5, Nr. 51, S. 231.

desselben eine Einrede entstehen läßt. Klagt[23]) bzw. der Kommittent unter Übergehung der Rechenschaftsablegung auf Abtretung der dem Kommissionär erwachsenen Forderung, so hat er mit dem Beweise der erteilten und ausgeführten Kommission genug gethan; der Kommissionär aber hat die Pflicht, anzugeben, was infolge der Ausführung der Kommission in sein Vermögen gekommen ist. Das Verlangen der Rechenschaftsablegung ist hiernach ein stillschweigender Bestandteil der vom Kommittenten angestrengten Leistungsklage, insofern sich nach der gestellten Rechnung der Umfang der Verpflichtung des Beklagten bemißt.

Der Kommittent, welcher an der Hand der Ausführungsanzeige auf den Erlös oder die Ware klagt, hat also seinen Anspruch in vollkommen genügender Weise substantiiert, und es liegt kein Grund vor, von ihm vorerst die Klage auf Rechenschaftsablegung zu fordern.[24]) Fehlte es allerdings dem Kommittenten an einer Ausführungsanzeige, stützte er sohin seine Klage lediglich auf den von dem Kommissionär bewirkten Verkauf seiner Ware oder auf den Ankauf des von ihm gewünschten Gutes, dann träfe ihn auch hierüber der Beweis. Hielte der Kommissionär diesen Behauptungen entgegen, daß er nicht infolge des vom Kommittenten erteilten Auftrages die berührten Geschäfte vorgenommen, sondern etwa für eigene

---

[23]) Dem Erfordernis des § 230, Ziffer 2 der Reichszivilprozeßordnung ist genügt. Gegenstand des Anspruchs ist das näher bestimmte Kommissionsgeschäft; der Antrag geht auf das, was dem Kläger aus jenem Geschäfte laut der vom Beklagten vorzulegenden Abrechnung zukommt

[24]) Zur Verwerfung der hier bekämpften Einrede gelangt man von der einfachen Erwägung aus, daß sie eine exceptio ex jure alterius ist, hier sogar eine Einrede aus dem Rechte des Klägers. — Gleichwohl wird in der Litteratur — unter Berufung auf die mangelhafte Substantiierung der Klage des Kommittenten — durchweg an der gegenteiligen Ansicht festgehalten, und man erkennt lediglich die Modifikation des Reichsoberhandelsgerichtes an. Vgl. Grünhut a. a. O. S. 238.

Rechnung oder für Rechnung eines Dritten, so müßte er den Beweis dieser Thatsachen übernehmen. Denn es liegt in seinen Einwendungen eine echte (rechtshindernde) Einrede.[25])

§ 10. B. Das auftragswidrige Verhalten des Kommissionärs.

Außer den bereits erörterten Verpflichtungen des Kommissionärs sind noch vom Gesetzgeber selbst in den Artikeln 363 und 364 einige weitere für besonders gelagerte Fälle aufgestellt. Es war dabei augenscheinlich beabsichtigt, die Folgen des vertragswidrigen Verhaltens eines Kommissionärs sowohl für die Verkaufs- als für die Einkaufskommission zu regeln.

Die genannten Artikel beschränken sich übrigens auf die Fälle einer Verletzung des Limitos durch den Kommissionär. Wir finden in ihnen also nicht eine erschöpfende Regelung der Folgen von Vertragsverletzungen bei der aufgetragenen Kommission. Die Untersuchung einer Reihe von Fragen überließ der Gesetzgeber vielmehr der Wissenschaft und Rechtsprechung. Ihre Aufgabe ist es bspw. zu entscheiden, welches die Folge des Einkaufs einer dem Auftrage nicht entsprechenden Ware sei.[1]) Sie haben festzustellen, was die Folge ist, wenn der Kommissionär sich nicht an die vertragsmäßig vorgeschriebene Zeit der Ausführung hält oder an einem anderen Orte ausführt, als an dem vom Kommittenten gewollten und dgl. mehr.

Behufs Erledigung der dem Kommissionär obliegenden Verpflichtungen behandeln wir in den beiden folgenden Paragraphen 1) die Auftragswidrigkeit des Kommissionärs beim Verkaufe und 2) die Auftragswidrigkeit des Kommissionärs beim Einkaufe.

---

[25]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 15, Nr. 74.

[1]) Vgl. S. 27.

§ 11. 1) Die Auftragsverletzung beim Verkaufe.

Wie bereits bemerkt, ist der wichtigste Fall einer Auftragsverletzung bei der Verkaufskommission die Überschreitung des Limitos. Von ihr ausgehend werden wir durch den Zusammenhang selbst zur Erörterung anderer besonders beachtenswerter Vorkommnisse Gelegenheit haben.

Es liegt auf der Hand, daß eine Limitoverletzung beim Verkaufe in ihren wirtschaftlichen Nachteilen den Kommittenten verschiedentlich treffen wird, je nach dem Gegenstande der Kommission.

Handelte es sich um eine Spezies, also um eine individuell bestimmte Sache, deren Verkauf beabsichtigt war, so ist bei Verletzung des Limitos nunmehr die Spekulation des Kommittenten durchkreuzt. Es wird sich schwerlich nachweisen lassen, ob sein Interesse durch den Verkauf wirklich erheblich geschädigt sei. Ja, es ist möglich, daß er gerade durch die Veräußerung, so wie sie erfolgte, den höchsten Gewinn erzielte. Jedenfalls that der Gesetzgeber für solche Fälle sehr gut daran, wenn er langwierige Untersuchungen über die Höhe dieses Interesses dadurch grundsätzlich abschnitt,[1]) daß er den Kommissionär wegen seines pflichtwidrigen Verhaltens zur Zahlung des limitierten Preises für gebunden erklärte. Denn in der Festsetzung des Limitos hatte der Kommittent gleichsam im voraus sein Interesse abgeschätzt.

Es kann nun aber des Weiteren die Verkaufskommission zwar eine Gattungssache betreffen, die Anschaffung derselben jedoch mit großen Schwierigkeiten verknüpft sein, weil sie entweder überhaupt oder in der fraglichen Qualität nur selten anzutreffen ist. Hier erscheint ebenfalls das Präjudiz des Gesetzes (Art. 363) gerechtfertigt.

---

[1]) Vgl. Lutz Protokolle S. 1188 unten und S. 4624, Abs. 2.

Der Wortlaut unserer Norm aber führt dazu, sie auch dann für bindend zu erklären, wenn irrtümlicherweise ein leicht ersetzbares Gut, etwa ein Wertpapier, veräußert wurde. Soll hier der Kommissionär das hohe Limito zahlen müssen, wo er doch in der Lage ist, einen dem veräußerten gleichen Gegenstand ohne jede Schädigung des Interesses seines Kommittenten an der Börse erheblich billiger anzuschaffen? Man sieht, daß in einem solchen Falle behufs Vermeidung ungerechter Resultate der Sinn des Gesetzes vor dessen Wortlaut den Vorzug erhalten muß. Der Gesetzgeber wollte durch Art. 363 ein für alle Mal Streitigkeiten über die Höhe des dem Kommittenten erwachsenen Schadens abschneiden. Hier aber kann, wie wir sehen, dieser Nachteil durch die Parteien selbst auf viel einfachere, unschädlichere und gerechtere Weise ausgeglichen werden. In der That wurde auch bei der Beratung[2]) des Gesetzes widerspruchslos anerkannt, daß dieser Ausweg zulässig sein solle. Es ist gewiß von hoher Wichtigkeit, daß das Reichsoberhandelsgericht[3]) (gegen ein Urteil der Leipziger Juristenfakultät in zweiter Instanz) unter Berufung auf die unten citierten Stellen der Protokolle ebenfalls dieser dem kaufmännischen Verkehr so geläufigen Auffassung Geltung verschafft und dabei die entgegenstehenden Skrupel, welche auch hier das römische Recht erregt, glücklich überwunden hat.

Man ersieht schon aus dem Gesagten, daß Art. 363 nur eine Regel aufstellt, ohne etwaige Ausnahmen leugnen zu wollen. So kann es z. B. vorkommen, daß der Kommissionär, wofern er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anwendete, etwa 3 Mk. über dem Limito für die Tonne Weizen erzielen mußte. Soll hier der Kommittent nicht diesen höheren Preis beanspruchen dürfen? Verneint

---

[2]) Vgl. Lutz Protokolle S. 693 unten und S. 1189.

[3]) Vgl. Entscheidungen Band 1, Nr. 77.

man die Frage, so käme man zu der Konsequenz, daß infolge der auftragswidrigen Ausführung der Kommission dem Kommissionär eine Belohnung zu teil werde. Denn hätte er zum Limito verkauft, so würde er unzweifelhaft für den nach Art. 361 zu erzielenden höheren Erlös verantwortlich gemacht werden können. Unmöglich aber darf infolge des pflichtvergessenen Verkaufs unter dem Limito der Umfang der Schadenshöhe gemindert werden. Schon aus der Natur des Limitos folgt es vielmehr, daß der Kommittent nur die äußerste Grenze angeben wollte, an welche sich der Beauftragte zu halten habe. Keineswegs aber kann in der Aufstellung desselben der Verzicht auf einen möglicherweise erzielbaren höheren Preis erblickt werden.[4])

Hätte der Gesetzgeber die Verpflichtung des Kommissionärs zur Leistung des Limitos ausnahmslos für alle Verkäufe unter dem Limito aufgestellt, so würde er damit dem Kommittenten selbst geschadet haben, dessen Interesse häufig durch einen limitowidrigen Verkauf außerordentlich gefördert wird. Würde nun aber der Kommittent, wenn in berechtigter Wahrnehmung seines Vorteils der Verkauf unter dem Limito stattfand, gleichwohl auf die Preisdifferenz Anspruch erheben, so könnte ihm mit Recht die Einrede der Arglist entgegengehalten werden. Nur dies bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, wenn er dem Kommissionär den Beweis offen läßt, daß ein Verkauf zu dem gesetzten Preise nicht ausgeführt werden konnte und die Vornahme des Verkaufs Schaden von dem Kommittenten abgewendet hat.

---

[4]) Freunde der Buchstabeninterpretation mögen hieran ihre Auffassung des Art. 363 erproben. Man sieht, wie wenig selbst das „muß" im Zusammenhange dieses Artikels entscheidend ist. Oder soll wirklich der Kommissionär, welcher den Zentner Kaffee 50 Pfg. unter dem Limito verkaufte, nur zur Vergütung dieser Differenz verpflichtet sein, nicht auch des bei Anwendung gehöriger Achtsamkeit erzielbaren Mehrbetrages von Mk. 1,50?

Die Abwendung eines Schadens durch den Verkauf ist aber in doppelter Weise denkbar, je nachdem die veränderte Konjunktur oder eine Verschlechterung, welche an der in der Hand des Kommissionärs befindlichen Ware eintrat, zur Veräußerung Anlaß gab.

Beim Verkaufe wegen gefahrdrohender Konjunktur wird der Kommissionär unzweifelhaft schon in der Anzeige auseinandersetzen, wodurch sich sein Vorgehen rechtfertige.[5]) Ist der Kommittent mit der getroffenen Maßnahme nicht einverstanden, so fragt es sich, wie schon im Vorausgehenden angedeutet wurde, ob es sich um den Verkauf einer Spezies bezw. eines schwer erlangbaren Genus handelte. Hier wird der Kommittent zu einer sofortigen Rückäußerung keineswegs gehalten sein. Es kommt übrigens in Betracht, daß gerade bei solchen Waren selten eine Preisfluktuation vorauszusehen ist, weshalb den Kommissionär wegen des Verkaufes meist der Vorwurf willkürlichen Handelns treffen wird.

Anders liegt es, wenn sich die Verkaufskommission auf leicht anschaffbare Gattungssachen bezieht. Hat der Kommissionär etwa in der Befürchtung eines Krieges die Bankaktien des Kommittenten unter dem Limito begeben, so obliegt es dem Letzteren, seiner Unzufriedenheit unverzüglich Ausdruck zu verleihen, widrigenfalls sein Schweigen als Genehmigung gelten muß. Allerdings enthält Art. 363 über diese Frage nichts. Aber das erklärt sich daraus, daß das Gesetz — wie oben nachgewiesen — sich auf unseren Fall überhaupt nicht bezieht. Die von uns vertretene Auffassung ergiebt sich schon als notwendige Schlußfolgerung aus dem Satze, daß der Kommittent nichts thun oder unterlassen dürfe, wodurch er voraussichtlich das Interesse des Beauftragten gefährdet.

---

[5]) Daß übrigens auch bei irrtümlicher Ausführung des Verkaufes unter dem Limito das Gleiche rechtens ist, wie hier, darüber § 12.

Hier aber bringt er sich durch sein Stillschweigen obendrein in die Lage, auf Kosten des Kommissionärs zu spekulieren.[6])

Aus dem Gesagten folgt weiter, daß die Frage: ob der Kommissionär thatsächlich Schaden von dem Kommittenten abwendete, nach dem Zeitpunkte zu beurteilen ist, in welchem bei dem letzteren die Anzeige eintrifft. Jetzt muß aber der Auftraggeber auch wirklich entscheiden, ob der Kommissionär von ihm Schaden fernhielt.[7]) Wollte man den Zeitpunkt des Prozesses für maßgebend erklären, so fiele ins Gewicht, daß dieser vom Belieben des Kommittenten abhängt. Sonach hätte der Gesetzgeber ihm einen Freibrief gegeben, auf Kosten des Kommissionärs zu spekulieren.[8])

Es genügt also nicht, daß der Kommissionär bei dem Verkaufe unter dem Limito von der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet wurde.[9]) Es steht ihm nicht zu, sich willkürlich in die Spekulationsabsichten seines Auftraggebers einzumischen. Von der Vergütung der Differenz wird er vielmehr erst dadurch befreit, daß er thatsächlich Schaden von seinen Kommittenten abgewendet hat. Der finanzielle Erfolg ist maßgebend für die Beurteilung des Falles, nicht die bona fides des Kommissionärs. Denn er darf nach unseren Ausführungen über die imperative Kommission niemals aus freien Stücken das Limito verletzen.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, mag ferner betont werden, daß Art. 363 nur einen Anhalt für die Berechnung des Schadenersatzes bei der Limitoverletzung zu gewähren

---

[6]) In der Litteratur und Judikatur ist diese überaus wichtige wirtschaftliche Erwägung bemerkenswerterweise übersehen worden. Vgl. hierzu namentlich die Ausführungen auf S. 67 ff.

[7]) Vgl. hierzu S. 33.

[8]) Anderer Meinung Grünhut a. a. O. S. 405, der hier wohl keine Zustimmung verdient.

[9]) Entscheidungen des Reichsgerichtes Band VI, Nr. 13. Vollzug einer Kommission zur Wahrnehmung des „Wohles" des Auftraggebers. (S. 53.)

beabsichtigt, daß aus demselben daher nicht eine Verpflichtung des Kommittenten abgeleitet werden kann, die noch in seinen Händen befindliche Ware dem Kommissionär auch bei verletztem Limito zur weiteren Verfügung zu überlassen. — Der Artikel setzt vielmehr — wie die Protokolle bezeugen — voraus, daß sich der Kommissionär bereits im Besitze der Ware befindet.

Hielt sich der Kommissionär zum Verkaufe unter dem Limito für befugt, weil in der Ware eine Verschlechterung eingetreten war, so wird für die Beurteilung entscheidend die Art des eingetretenen Schadens ins Gewicht fallen. Lag die Ursache der Beschädigung in einem solchen Vorfalle, welcher in fortschreitender Zerstörung die ganze Ware dem Untergange zuzuführen drohte, so wird die Handlungsweise des Kommissionärs gerechtfertigt erscheinen.[10]) Anders steht es, wenn die Vernichtung nur einen Teil der Ware betraf, ohne daß sich die Befürchtung rechtfertigte, es werde auch der noch unversehrte Rest von diesem Schaden ergriffen werden. Hier wird im Falle des Verkaufes des Ganzen unter Verletzung des Limitos die Berufung des Kommissionärs auf den Schluß des Art. 363 schwerlich Gehör finden.

Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß der Kommissionär, sofern dies nach Lage der Sache möglich, vor der Verletzung des Limitos dazu verpflichtet ist, das Einverständnis des Kommittenten zu erholen.

Um des Zusammenhangs willen mag betont werden, daß der Gesetzgeber an einer anderen Stelle, nämlich im Art. 366, den Fall näher ins Auge faßt, da Veränderungen an dem Gute eintreten, welche dessen Entwertung befürchten lassen. Hier wird es dem Kommissionär zur Pflicht gemacht, wofern nicht Gefahr auf dem Verzuge liegt, die Instruktionen des

---

[10]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 4, Nr. 1 und Band 9, Nr. 6.

Kommittenten einzuholen. Bleiben diese aus oder können sie nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden, so ist der Kommissionär befugt, das Gut öffentlich versteigern zu lassen, wie dies im Art. 343 näher vorgeschrieben ist. (öffentlicher Verkauf.)

Aus dem Wortlaut des Art. 366 läßt sich unzweifelhaft entnehmen, daß er lediglich die Fälle im Auge hat, wo infolge Verschlechterung der Ware ein Verlust entsteht, nicht also die Fälle einer gefahrdrohenden Konjunktur. Obwohl ferner lediglich von einer Befugnis zum öffentlichen Verkaufe die Rede ist, kann es doch kaum bezweifelt werden, daß eine Verpflichtung dazu eintritt, wenn eine solche bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes begründet erscheint.[11]) Schweigt der Kommittent auf die an ihn gerichtete Anfrage, ob er mit dem Verkaufe einverstanden sei, so wird hierin wohl nur eine stillschweigende Weisung des Inhalts zu finden sein, der Kommissionär solle dasjenige thun, was ihm seine Pflichten als ordentlichem Geschäftsmann vorschreiben. Nicht überflüssig erscheint es endlich, zu betonen, daß der Verkauf des Art. 366 ein solcher im Interesse des Kommittenten[12]) ist. Veräußert der Kommissionär zur Wahrung seines Pfandrechts, so ist er an die Beobachtung des Art. 375 (310) gebunden, worauf wir im weiteren Verlaufe noch zurückkommen müssen.

Das Recht zur öffentlichen Versteigerung des Kommissionsgutes wird dem Kommissionär zuerkannt, auch für den Fall, daß der Kommittent, trotzdem er dazu nach Lage der Sache verpflichtet ist, über die Ware zu verfügen unterläßt.

Der Kommissionär wird zum Verkaufe nach Art. 366 zweifellos selbst unter der Voraussetzung befugt sein, daß für die

---

[11]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 19, Nr. 74, S. 256 und zugleich meine Ausführungen in den „Annalen" 1890. S. 63.

[12]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 5, Nr. 63, S. 293 sub. c.

Veräußerung ein Limito festgesetzt war, und zwar ohne Rücksicht auf dieses, da der Gesetzgeber mit Recht eine Unterscheidung nicht statuiert.[13]) Nur das muß nachdrücklich betont werden, daß der Verkauf stets unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 stattzufinden hat, da sonst der Beauftragte mit Art. 363 in Konflikt kommt und sich dem dort verlangten Beweise unterziehen muß. Es ist vom juristischen Standpunkte aus für den Kommissionär entschieden ratsam, den öffentlichen Verkauf zu wählen, wenn eine Verschlechterung des Kommissionsgutes eintritt.

Wir haben im Anschluß an Art. 363 lediglich den Fall ins Auge gefaßt, da die Auftragswidrigkeit des Kommissionärs in der Verletzung des Limitos liegt. Wie, wenn er an einem anderen, als dem vom Kommittenten vorgeschriebenen Orte verkaufte? Hier wird nach Lage des einzelnen Falles zu untersuchen sein, wie hoch sich das Interesse des Auftraggebers belaufe. Hat der veräußerte Gegenstand bspw. an dem vorgeschriebenen Orte eine höhere Kursnotiz gehabt, so wird die Differenz vom Kommissionär zu entrichten sein.

Die Abweichung des Kommissionärs kann sodann darin liegen, daß er die ihm vorgeschriebene bestimmte Zeit des Verkaufes nicht beobachtete. Auch hier wird es nach Lage des Falles nicht schwierig sein, zu entscheiden, welcher Interessenanspruch für den Kommittenten begründet ist, wofern es sich um ein marktgängiges Gut handelt, was ja die Regel bildet. Andernfalls wird es auf das Resultat der Beweiserhebung ankommen.

Artikel 363 bezieht sich, wie wir wiederholt bemerkten, nur auf den Fall des streitig werdenden Interesses bei limito-

---

[13]) Aus diesem gesetzlich sanktionierten Ausspruch läßt sich ein Anhalt für die Richtigkeit unserer Auslegung des Art. 363 entnehmen, insofern wir auch dort einen das ganze Gut entwertenden Schaden verlangten, um den Verkauf der sämtlichen Waren unter dem Limito zu rechtfertigen.

widrigem Verkaufe, er findet also keine Anwendung bei der Verletzung des vorgeschriebenen Ortes der Ausführung oder der vorgeschriebenen Zeit, gleichviel ob die letztere nach einem bestimmten Tage oder nach dem Eintritt eines gewissen Ereignisses festgesetzt war. Behält man dies im Auge, so wird man in der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 14. März 1871 einen bedauernswerten Fehlgriff erkennen.[14])

Hier lag nämlich eine Kommission vor, welche die Ausführung von dem Eintritt gewisser Umstände abhängig machte. Sie lautete etwa: „Verkaufen Sie meine Kreditaktien, wenn der Kaiser mit Tod abgehen sollte." Wie muß entschieden werden, wenn der Kommissionär irrtümlich verkaufte, obwohl der Tod des Monarchen nicht eintrat?

Der Gesetzgeber läßt uns bei dieser Frage augenscheinlich im Stich, und so müssen wir den Fall nach eigenem vernünftigen Ermessen beurteilen. Es fehlt hier namentlich der Anhalt, den der Gesetzgeber bei Art. 363 in dem Limito fand, durch welches der Kommittent schon, ehe er das Versehen ahnen konnte, sein Interesse gewissermaßen abgeschätzt hatte.

Unterstellen wir nun des Weiteren, daß der Kommissionär seinem Auftraggeber, wie dies in dem dem Reichsoberhandelsgerichte unterbreiteten Falle zutraf, sofortige Anzeige von dem Verkaufe machte. Ist jetzt auch der letztere genötigt, — dies war die strittige Frage — hierauf unverzüglich seine Mißbilligung zu erklären?

Das Reichsoberhandelsgericht verneinte dieselbe an der Hand einer Ausführung, die den Vorwurf völliger Verkennung der thatsächlichen Verhältnisse verdient.

Im Art. 364 sei für den Fall der Einkaufskommission allerdings dem Kommittenten die Pflicht zur sofortigen Rückäußerung auferlegt worden. Dies erkläre sich daraus, daß der Einkaufskommittent durch sein Schweigen möglicher-

---

[14]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 2, S. 88.

weise auf Kosten des Kommissionärs spekulieren könne. Nicht aber könne im Hinblick auf Art. 363 das Gleiche gegenüber dem Verkaufskommittenten behauptet werden, der ja nach dem Verkaufe mit der Ware nichts mehr zu schaffen habe.

Unrichtig ist in erster Linie die Behauptung, daß Art. 364 unseren Fall natürlich unter Zugrundelegung der Einkaufskommission im Auge habe. Denn Art. 364 berücksichtigt nur die Einkaufskommission mit bestimmtem Limito. Schon aus diesem Grunde zieht diese Analogie nicht.

Die Unterstellung einer Anwendbarkeit des Art. 363 ist aber ebenfalls und zwar aus folgendem Grunde verfehlt. Art. 363 darf (wie wir soeben bewiesen haben) auf diejenigen Fälle, in denen es sich um den Verkauf solcher Gattungssachen handelt, die, wie Staatspapiere, durch Objekte gleichen Wertes jeder Zeit ersetzt werden können, überhaupt nicht bezogen werden. Denn bei solcher Sachlage tritt eine Schwierigkeit bei der Feststellung des Schadenersatzes, deren Beseitigung ja in der Intention des Artikels liegt, überhaupt nicht hervor. Thatsächlich ist auch mit der Anzeige des Kommissionärs immer schon das stillschweigende Anerbieten an den Kommittenten verknüpft, der Kommissionär wolle ihm ein gleiches Wertpapier oder — um was es sich sonst handelt — im Falle der Unzufriedenheit verschaffen, da es den Parteien als ganz selbstverständlich erscheint, daß ein Konflikt — wie der in Frage stehende — nur auf solche Weise gehoben werde. In dem von uns zu entscheidenden Falle aber war schon deshalb jeder andere Ausweg für die Schadensfestsetzung und Ausgleichung verschlossen, weil es an einem Limito fehlte, mithin das Interesse des Auftraggebers nur in der Wiedererlangung der irrtümlich verkauften Werte gelegen sein konnte.

Unhaltbar ist deshalb auch der Gegensatz, welchen der Gerichtshof aus der Vergleichung der Artt. 363 und 364 ableitet.

Er erkennt nämlich richtig an, daß die Rückäußerungspflicht im Art. 364 dem Kommittenten aus dem Grunde auferlegt sei, damit er nicht in die Lage komme, auf Kosten des Kommissionärs zu spekulieren. Wie aber verhält sich denn die Sache in unserem Falle? Der Kommissionär hat Kreditaktien unbefugterweise verkauft. Der Kommittent ist daher berechtigt, Kreditaktien in gleicher Zahl zurückzufordern, wenn er den eigenmächtigen Verkauf mißbilligt. Äußert er seinen Entschluß nicht sogleich, so liegt es auf der Hand, daß ihn ein Steigen der Kurse veranlassen wird, den eigenmächtigen Verkauf zurückzuweisen, ein Sinken derselben, ihn zu genehmigen.

Umgekehrt ist der Kommissionär in der Notlage, neue Aktien kaufen zu müssen, wenn sein Kommittent die irrtümliche Ausführung nicht gutheißt. Mißbilligt der letztere erst nach längerer Zeit den Verkauf, etwa weil die Kurse gestiegen sind, so ist der Kommissionär nun gezwungen, zu erhöhtem Kurse zu kaufen. Und, da sagt man, der Fall sei hier irgendwie anders gelagert, als im zweiten Absatz des Art. 364!

Unseres Erachtens war es ein Gebot logischen Denkens, ohne jeden Anhalt im Gesetze dem Verkaufskommittenten eine sofortige Rückäußerung zur Pflicht zu machen. Thatsächlich hat nun der Umstand, daß der Gesetzgeber dieser Logik in einem allerdings anders gelagerten Falle Ausdruck verlieh, ein total verfehltes Erkenntnis eines sonst in hoher Achtung stehenden Gerichtshofes zur Folge gehabt. Sehr auffallend muß es dem gegenüber erscheinen, daß abgesehen von anderen Schriftstellern namentlich auch Grünhut in seinem Werke[15]) und wiederholt in Endemanns[16]) Handbuch, beide Male unter teilweisem Abdrucke der beregten Entscheidung, seine Zustimmung zu derselben ohne jedes Bedenken ausgesprochen hat.[17])

---

[15]) Vgl. S. 399, Note 10

[16]) Vgl. Band 3, S. 239, Note 7.

[17]) Auch hier scheint das fortwährende Operieren mit den

Wir bemerkten bereits im Eingang dieser Schrift, daß, wenn dem Kommissionär die Pflichten eines ordentlichen Kaufmannes zugemutet werden, doch jedenfalls vom Kommittenten dasjenige zu verlangen ist, was im einzelnen Falle ein ordentlicher Hausvater zu thun hat. Ein solcher aber wird bei bestehendem Kontraktsverhältnisse gewissenhaft alles das vermeiden, was seinen Kontrahenten schädigen muß.

Nach den vorangehenden Ausführungen dürfte es nicht überflüssig erscheinen, nochmals zusammenfassend unsere Ansicht über Art. 363 vorzutragen. Der Artikel scheint nach seinem Wortlaut die Folgen der Limitowidrigkeit bei der Verkaufskommission festsetzen zu wollen. Thatsächlich aber beabsichtigt er nur — wie auch die Protokolle beweisen — langwierige Streitigkeiten über die Höhe des aus der Limitoverletzung herrührenden Schadens aus der Welt zu schaffen. Er will daher ebensowenig ein erweislich höheres Interesse ausschließen, als überhaupt auf Fälle Anwendung finden, in denen die Schwierigkeit, deren Überwindung er anstrebt, sich gar nicht ergiebt, in welchen vielmehr nach der Übung des Verkehrs in einfacherer und gerechterer Weise die Interessenausgleichung stattfindet. Dementsprechend kann Art. 363 bspw. auch dann keine Anwendung finden, wenn der Kommittent sich noch im Besitze des unbefugt veräußerten Gutes befindet. Es würde gegen allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze verstoßen, wollte man ihm zumuten, seine Ware zur Erfüllung einer vertragswidrig abgeschlossenen Veräußerung auszuliefern. Der Artikel verzichtet ferner seiner Intention entsprechend darauf, Verhaltungsmaßregeln für die Parteien aufzustellen. In dieser Hinsicht ist dem richterlichen Ermessen freier Spielraum gewährt. — Eine Schranke findet das letztere nur in der Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes, auch

---

Grundsätzen der negotiorum gestio in Fällen auftragswidrigen Handelns an dem unrichtigen Ergebnisse schuld zu sein.

hier natürlich unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß die für die Schadensberechnung aufgestellte Vorschrift mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit und Billigkeit im einzelnen Falle nicht im Widerspruch steht. Denn jenen Grundsätzen wollte der Gesetzgeber gerade durch den gedachten Artikel die Herrschaft verschaffen.

Für die Notwendigkeit der soeben gedachten Modifikation mag noch ein Beispiel angeführt werden. Gesetzt der Kommittent hatte seine Papiere zum Verkauf bei einem Kurse von 111 % limitiert. Irrtümlich wurde die Ausführung am 9. August zu 110 % bewirkt. Der Kommittent wies dieselbe sofort zurück und verlangte Verkauf zum Limito. Am 10. August eröffneten die betreffenden Papiere mit einem Börsenkurse von 112 %. Hier wird der Kommittent gegen den Wortlaut des Art. 363 dazu berechtigt sein, auch für seine Papiere 112 % zu verlangen. Denn in der Erlangung dieses Kurses besteht sein Interesse, über dessen Höhe gegebenen Falles ein Zweifel nicht möglich ist.

§ 12. 2) Die Auftragsverletzung beim Einkaufe.

Während sich der Gesetzgeber bei der Verkaufskommission (Art. 363) — wie wir im vorangehenden Paragraphen nachwiesen — darauf beschränkte, nur eine zweckmäßige Bestimmung für den Fall der Limitowidrigkeit aufzustellen, einfach deshalb, weil sich hier bei der Verschiedenheit der Vorkommnisse schwer ein allgemein gültiges Prinzip finden ließ, begegnen wir im Art. 364 einer wirklichen Regelung der Limitoverletzung bei der Einkaufskommission.[1]) Der Gesetzgeber be-

---

[1]) Dieser Gegensatz ist vom Reichsoberhandelsgerichte außer in der bereits besprochenen Entscheidung Band 2, S. 88 ff. auch Band 12, Nr. 1, S. 1 übersehen worden. Ebenso ist er in der Litteratur unbeachtet geblieben.

stimmt, daß der Kommissionär, welcher beim Einkauf das ihm gesetzte Limito überschritt, jedem weiteren Schaden entgeht, wenn er sich mit der Ausführungsanzeige zur Zahlung der Differenz erbietet. Unterläßt er dies, so darf der Kommittent das ihm angezeigte Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückweisen.[2]) Zu betonen ist, daß das Anerbieten zur Zahlung der Differenz in demjenigen Schreiben erfolgen muß, in welchem der Kommissionär die Ausführung des Auftrages kundgiebt. Ist es unterblieben und infolgedessen Ablehnung seitens des Kommittenten erfolgt, so hat nach diesem Ablehnungsschreiben ein nachträgliches Anerbieten zur Tragung der Differenz keine Rechtswirksamkeit mehr. Es genügt ferner nicht, daß der Kommissionär bei der Anzeige der auftragswidrigen Ausführung betont, er sei zur Verletzung des Limitos durch die Wahrnehmung der Interessen seines Auftraggebers bestimmt worden und hoffe auf Anerkennung seitens des letzteren. Er muß vielmehr ausdrücklich ein Anerbieten zur Tragung der Differenz der Kaufsanzeige beifügen.

Man könnte nun die Frage aufwerfen, ob der Kommissionär in der Lage sei, ein bereits abgesendetes Anerbieten zur Tragung der Differenz unter Berufung auf Art. 320 des H. G. B. telegraphisch zu entkräften. Entscheidend ist wohl hierbei die rechtliche Auffassung des Erbietens. Soviel steht fest, daß der Kommittent ohne Anzeige niemals ein Recht darauf hat, den limitowidrig abgeschlossenen Kauf für sich zu vindizieren. Will der Kommissionär das Geschäft auf sein Risiko übernehmen, so steht ihm das zweifellos frei. Zur Übertragung desselben auf den Auftraggeber kann er so wenig gezwungen werden, als dieser zur Lieferung der noch nicht tradierten Ware bei limitowidrigem Verkaufe. — Hat der Kommissionär aber das Erbieten nach Art. 364

---

[2]) Vgl. Art. 364, Abs. 1.

gestellt und zur Post gegeben, so kann ihm mit Rücksicht auf Art. 321 ein Widerruf nicht mehr gestattet werden. Es kommt dabei nicht allein in Betracht, daß ihm die entgegengesetzte Meinung die Möglichkeit eröffnen würde, noch eine Zeitlang auf Kosten des Kommittenten zu spekulieren, was gerade der Gesetzgeber dadurch verhüten wollte, daß er eine Erklärung zugleich mit der Anzeige vorschrieb. Juristisch entscheidet vielmehr, daß dieses Erbieten keine Offerte ist. Denn eine Offerte kann mit „ja" oder „nein" beantwortet werden. Unser Erbieten duldet nur die Antwort „Ja", und diese Antwort ist kraft einer gesetzlichen Fiktion schon in dem Moment der Absendung der Einkaufsanzeige erteilt.[3])

Auch Art. 364 hat nicht den Sinn, daß, wenn der Kommissionär bei der Anzeige den über dem Limito gezahlten Betrag zu erstatten sich erbietet, damit bedingungslos alle Ansprüche des Kommittenten getilgt sind. Hätte der Kommissionär bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes finden müssen, daß sich eine Gelegenheit zum Ankaufe unter dem Limito bot, so ist er auch für diese Differenz verantwortlich. Es gelten hier die gleichen Grundsätze wie bei der Verkaufskommission.

Art. 364 enthält noch eine weitere Bestimmung, welche zur Aufrechterhaltung der den Verkehr beherrschenden bona fides unentbehrlich ist. Wir meinen die mehrfach erwähnte Vorschrift, daß der Kommittent, wenn er den auftragswidrigen

---

[3]) Hiernach ist der Vertrag schon in dem Momente perfekt, in welchem der Kommissionär ein den Vorschriften des Art. 364 entsprechendes Schreiben zur Post gegeben hat. — Übereinstimmend Grünhut a. a. O. S. 416, der im Hinblick auf eine sonst mögliche Spekulation des Kommissionärs auf Kosten des Kommittenten die obige Ansicht für die richtige erklärt. Immerhin ist mit der Bestimmung des Art. 320, Abs. 2 zu rechnen, der die Widerruflichkeit der Annahmeerklärung statuiert. Gegen diesen aber vgl. de lege ferenda meine Ausführungen „Annalen" 1889. S. 649.

Kauf mißbilligen will, dies sofort nach erhaltener Anzeige zur Kenntnis des Kommissionärs zu bringen habe, widrigenfalls die Überschreitung des Auftrages als genehmigt gilt.

Es bedarf keiner wiederholten Betonung, daß diese Gesetzesbestimmung dem Zwecke dient, eine Spekulation des Kommittenten auf Kosten des Kommissionärs zu verhüten, daß wir ferner in ihr eine Anerkennung des Grundsatzes zu finden haben, der Mandant müsse, soweit es in seiner Macht steht, eine Schädigung des Mandatars hintanzuhalten suchen.

Drittes Kapitel.

Die Rechte des Kommissionärs.

§ 13. Im Allgemeinen.

Den umfassenden Pflichten, welche das Gesetz dem Kommissionär auferlegt hat, entsprechen nun auch weitgehende Rechte. Begreiflicherweise zielen dieselben darauf hin, den Kommissionär davor zu sichern, daß er, der bloße Vermittler des Geschäfts, durch den Abschluß in Schaden komme.

Diesem Zwecke dient vornehmlich das ihm zugesprochene Pfandrecht. Allerdings ist dieses Recht nicht das einzige Sicherungsmittel, welches dem Kommissionär zu gunsten seiner Ansprüche gegen den Kommittenten zusteht. Aber doch ist es unrichtig, um deswillen mit Grünhut[1]) von einem Pfand-Retentions- und Kompensationsrechte des Kommissionärs zu sprechen. Das Retentionsrecht hat er nämlich mit jedem anderen Kaufmanne gemein und nur unter denselben

---

[1]) „Recht des Kommissionshandels" Überschrift zu § 33, S. 280 und in Endemann's Handbuch Überschrift zu § 319, S. 216.

Voraussetzungen wie dieser. Mit dem Pfandrechte darf es schon deshalb nicht auf gleiche Stufe gestellt werden, weil gerade in der Einräumung des letzteren eine besondere Bevorzugung des Kommissionärs liegt.[2])

Zweifellos kommt es ferner dem Kommissionär zu statten, daß er Herr der Forderungen wird, welche durch den Abschluß des ihm aufgetragenen Geschäftes entstehen.[3]) Aber fehlerhaft ist es, wenn man hierin eine besondere, dem Pfandrecht vergleichbare Begünstigung des Beauftragten findet. Gleich auf den ersten Blick erscheint vielmehr dieser Umstand nur als etwas durchaus Selbstverständliches, wofern wir im Auge behalten, daß der Kommissionär das vermittelte Geschäft auf eigenen Namen abzuschließen hat. —

Ein weiteres Recht, welches der Gesetzgeber dem Kommissionär ausdrücklich zugesteht und das in seiner Tragweite keineswegs zu unterschätzen ist, besteht in dem Anspruche auf Ersatz[4]) des von ihm notwendig oder nützlich Aufgewendeten.

Endlich gewährt ihm das Gesetz eine Provision und knüpft dieselbe an die vollbrachte Ausführung des Geschäftes.[5])

Diesen im Handelsgesetzbuche aufgezählten Rechten ist nun aber weiter das Recht der Substitution hinzuzufügen. Man versteht darunter die Befugnis des Kommissionärs, sich bei der Ausführung des ihm zu teil gewordenen Auftrages in gewissen Fällen durch einen Dritten vertreten zu lassen.

In dieser Möglichkeit liegt, wie wir sehen werden, für ihn mitunter ein sehr beachtenswerter Vorteil, und es wäre der Vorwurf der Unvollständigkeit gerechtfertigt, wenn man diesen Punkt bei einer Darstellung des Kommissionsrechtes übergeht.

---

[2]) Vgl. Art. 374 f.

[3]) Dies ist wohl unter dem „Kompensationsrecht" Grünhut's zu verstehen.

[4]) Art. 371, Abs. 1.

[5]) Art. 371, Abs. 2.

Hiernach werden wir in den nun folgenden Paragraphen vier dem Kommissionär zustehende Arten von Rechten zu unterscheiden haben, nämlich 1) das Pfandrecht, 2) das Recht auf Erstattung notwendiger und nützlicher Aufwendungen, 3) das Recht auf die Provision, 4) das Recht der Substitution.

§ 14. 1) Das Pfandrecht. a. Die gewöhnlichen Fälle.

Das Pfandrecht des Kommissionärs besteht nach dem Wortlaute des Gesetzes an dem „Kommissionsgut." Wie aus den Protokollen[1]) hervorgeht, wollte der Gesetzgeber mit diesem Ausdruck dem Pfandrechte eine möglichst umfangreiche Ausdehnung geben. Der Begriff des Kommissionsgutes sollte insbesondere weiter reichen, als der des anvertrauten Gutes. Danach erklären wir als Kommissionsgut alle von dem Kommittenten herrührenden oder für ihn bestimmten mobilen Werte, zu deren Innehabung[2]) der Kommissionär in seinem Gewerbebetriebe gelangt ist.

Bei dieser Definition sind die von Grünhut[3]) statuierten Ausnahmen für die Fälle, da der Kommissionär bloß einen Teil seines Magazins als Lagerraum vermietet oder einen reinen Hinterlegungsvertrag (Depositum) abgeschlossen hätte, auch unsererseits vorbehalten. Hier nämlich wird durch die besondere, wenn auch stillschweigende Verabredung die Entstehung des Pfandrechtes ausgeschlossen. Einer dahin lautenden

---

[1]) Vgl. Lutz, Protokolle zum Handelsgesetzbuche S. 1208: „Da man den Ausdruck ‚an dem ihm anvertrautem Gute' für zu eng hielt, beschloß man anstatt desselben ‚an dem Kommissionsgut' zu setzen."

[2]) Daß nur die Detention zu verlangen ist, ergiebt das Wort „Gewahrsam". Übrigens besteht das Pfandrecht zeitlich nicht länger, als die Innehabung dauert. Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 14, Nr. 64 und Band 25, Nr. 21.

[3]) Vgl. a. a. O. S. 295, Abs. 2 unten.

Klausel bedarf es aber in der Begriffsbestimmung nicht. Denn in der fraglichen Modifikation liegt nur ein aus der Herrschaft von Treu und Glauben sich ergebender Vorbehalt. Unseres Erachtens war aus dem gleichen Grunde auch der zweite Absatz des Art. 313 entbehrlich, obwohl der Gesetzgeber gerade an jener Stelle mit Recht dem Satze Rechnung trug: „Superflua non nocent."

Gerade in der Judikatur finden wir und — wie wir meinen — völlig im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers eine so weit gehende Anerkennung unseres Pfandrechtes, daß die obige Definition keine zu weite Grenze gezogen haben dürfte. Es ist insbesondere nicht notwendig, daß die Ware dem Kommissionär mit dem ausdrücklichen Auftrage des Verkaufes eingehändigt wurde. Vielmehr genügt es, daß sie bei ihm (vielleicht in der Absicht späteren Verkaufes) deponiert worden ist.[4])

Das Pfandrecht des Kommissionärs an den gekauften Waren erlischt keineswegs schon dann, wenn ihm vom Kommittenten der Kaufpreis zugängig gemacht worden ist. Erst nach Begleichung aller Forderungen, welche dem Kommissionär aus dem in Frage stehenden Geschäfte erwachsen sind, wird der Pfandgegenstand frei. Dabei haftet das ganze Pfandobjekt bis zur Abtragung des kleinsten Restes der Schuld. Der Kommissionär ist nicht gehalten, bei Entgegennahme einer Teilzahlung auch einen entsprechenden Teil der Waren freizugeben. Der Kommittent hat vielmehr eine Klage auf Rückgabe des Pfandes erst nach Tilgung aller Ansprüche des Kommissionärs.

Es fragt sich nun weiter, ob das Pfandrecht des Kommissionärs auch dann zur Entstehung gelange, wenn der Kommittent etwa fremdes Eigentum zum Verkaufe hingab,

---

[4]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 20, Nr. 26 cf. Band 15, Nr. 118.

vorausgesetzt natürlich, daß der Kommissionär davon nichts wußte. Art. 306, Abs. 2 stellt bekanntermaßen die Regel auf, daß im Falle der Verpfändung durch einen Kaufmann der redliche Glaube des Pfanderwerbers hinreicht, um zu seinen gunsten ein Pfandrecht an fremdem Gute zu begründen.[5]) Es unterliegt — so lehrt man — nach dem dritten Absatz des Art. 306, welcher bei Beurteilung des gesetzlichen Pfandrechts eines Kommissionärs die Grundsätze von Abs. 2 für maßgebend erklärt, keinem Zweifel, daß, wenn von einem Kaufmann die Kommission herrührte, zu gunsten des Kommissionärs an fremdem Eigentum ein Pfandrecht zur Entstehung gelangt. Aber wie, wenn der Auftraggeber nicht Kaufmann war? Jetzt kommen wir mit dem Satze, daß das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs einem durch Vertrag erworbenen gleichstehe, offenbar nicht aus. Es müßte vielmehr nach bürgerlichem Rechte entschieden werden, ob etwa bei vertragsmäßiger Verpfändung trotz der Hingabe fremden Eigentums ein Pfandrecht entstanden wäre. Und danach würde bspw. in dem Gebiete des gemeinen Rechtes die Antwort verneinend lauten; ein Pfandrecht des Kommissionärs könnte also hier nicht zur Existenz gelangen. In der That hat sich u. A. Laband[6]) zu dieser Ansicht bekannt. Er anerkennt das gesetzliche Pfandrecht nach Art. 374 nur bei Verpfändung fremden Eigentums durch einen Kaufmann und überdies in den Fällen, wo schon nach bürgerlichem Rechte bei vertragsmäßiger Verpfändung fremden Eigentums ein Pfandrecht entsteht.

Doch scheint uns diese Auffassung aus verschiedenen Gründen unhaltbar. Schon Laband selbst hat sich dahin ausgesprochen, daß schwerlich eines der Mitglieder der Nürnberger Konferenz sich dieser Konsequenz bewußt gewesen, daß

---

[5]) Vgl. jetzt auch den „Entwurf“ §§ 1147 ff. und die zum Teil dagegen gerichteten Ausführungen, „Annalen“ 1888. S. 589.

[6]) Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht Bd. 9. S. 452, 466.

in den Protokollen für diesen Standpunkt kein Anhalt zu finden sei. Es kommt des Weiteren in Betracht, daß Art. 374 viel zu weit gefaßt ist, um ihm gegenüber die gegnerische Meinung für stichhaltig zu erklären. Er aber muß in dieser Kontroverse den Ausschlag geben, nicht Art. 306, welcher nach seiner Stellung im Gesetzbuche nur allgemeine Lehren aufstellen wollte und dessen dritter Absatz offenbar nur die Bedeutung hat, zu verhüten, daß man für denjenigen, der sich auf ein gesetzliches Pfandrecht beruft, hinsichtlich der Pfandexekution lediglich bürgerliches Recht entscheiden lasse. Bloß betreffs der Wirkungen sollte also die Gleichstellung statuiert werden, nicht auch in Ansehung der Entstehung des gesetzlichen Pfandrechtes. Zu dieser Ansicht stimmt auch der Wortlaut des Art. 306 Abs. 3 zweifellos am besten. Denn hier heißt es nur, daß das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs einem durch Vertrag erworbenen gleichstehe. Nichts aber verlautet darüber, wann, wie und in welchem Umfange es begründet werde. Kurz, es liegt in der Intention dieser allgemein lautenden Norm nicht, unsere Frage irgendwie zu regeln (vgl. Art. 374, 382 und 409), sondern lediglich dem Mißverständnisse entgegenzutreten, als ob einem gesetzlichen Pfandrechte gegenüber Artt. 310 u. 311 [7]) des H. G. B. oder etwaige Sätze des bürgerlichen Rechts über das vertragsmäßige Faustpfand nicht zur Anwendung kommen könnten.

Ja, es muß aus einem sehr naheliegenden Grunde geradezu unmöglich erscheinen, daß Art. 306 die Voraussetzungen der Entstehung des gesetzlichen Pfandrechtes habe regeln wollen. Unstreitig ist allerdings durch ihn die Art der Begründung eines vertragsmäßigen Faustpfandes festgestellt worden. Das gesetzliche Pfandrecht steht nun aber

---

[7]) Voraussetzung ist natürlich, daß die in den genannten Artikeln erwähnten Vereinbarungen in der vorgeschriebenen Form zu dem gesetzlichen Pfandrecht hinzutreten.

gerade in seiner Entstehungsweise in schroffster Antithese zu dem vertragsmäßigen Pfande. Denn, während das „konventionelle" Pfandrecht aus der Übereinkunft des Kontrahenten seine Existenz ableitet, gelangt das gesetzliche selbst gegen den Parteiwillen kraft Rechtssatzes zur Entstehung. Hiernach können die Worte: „Das gesetzliche Pfandrecht ꝛc. steht einem durch Vertrag erworbenen gleich" mitten in der Lehre von der Begründung des „konventionellen" Faustpfandes nur den Zweck haben, das gesetzliche Pfandrecht in seinen Wirkungen[8]) dem vertragsmäßigen Pfande gleichzustellen, nicht in der Art seiner Begründung.

Unzweifelhaft geht nun aber das Handelsgesetzbuch in seinem Geltungsbereiche dem bürgerlichen Rechte vor, und, wenn Art. 374 als sedes materiae dem Kommissionär ein Pfandrecht am Kommissionsgute zuspricht, so heißt es gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes verstoßen, wenn man weiter verlangt, daß das Kommissionsgut entweder Eigentum des Kommittenten oder daß letzterer Kaufmann sein müsse. Unzweifelhaft ist Kommissionsgut u. A. jede dem Kommissionär zum Verkaufe übergebene Ware. Folglich entsteht auch an ihr stets ein Pfandrecht zu gunsten des Kommissionärs. Daß der letztere beim Erwerbe dieses Pfandrechts bona fide handeln muß, brauchte der Gesetzgeber nicht zu betonen, da es niemals in seiner Absicht liegen kann, Verstöße gegen Treu und Glauben zu unterstützen.

Zur Bestätigung unserer Ansicht können wir uns aber weiter auf Art. 375 berufen, welcher die Pfandexekution nach Art. 310 ohne jede Rücksicht darauf zuläßt, ob der Kommittent Kaufmann ist oder nicht. Geht hieraus nicht deutlich hervor, daß der Gesetzgeber in unserem Falle auf die Kaufmannseigenschaft des Kommittenten verzichtete, oder wenn man es anders ausdrücken will, sie für Kommissionsaufträge fingierte!

---

[8]) So auch die Auffassung des Reichsoberhandelsgerichts Band 12, S. 254 unten.

Ausschlaggebend dürfte neben diesen Argumenten der Umstand sein, daß unsere Auffassung allein der Verkehrsanschauung entspricht, welche der Gesetzgeber mit der Aufstellung des gesetzlichen Pfandrechtes überhaupt nur sanktionieren wollte, und daß die Meinung der Gegner umgekehrt der Sicherheit des Kommissionshandels den Todesstoß zu versetzen droht.

Es darf übrigens nicht unerwähnt bleiben, daß, wenn Inhaberpapiere Gegenstand der Kommission sind, nach jeder Ansicht das Pfandrecht des Kommissionärs auch an fremdem Eigentume gemäß Art. 307 zu stande kommt.

Aus der Regelung des gesetzlichen Pfandrechtes im Art. 374 ergeben sich nun aber manche recht merkwürdige Konsequenzen. Wir legen nicht darauf das Hauptgewicht, daß nach jener Gesetzesstelle jemand an seinem Eigentum Pfandrecht gewinnen kann.[9]) Dieser Umstand findet in den

---

[9]) In eigentümlicher Weise sucht Grünhut (S. 308) diese mit dem römischen Rechte unverträgliche Erscheinung zu erklären. „Hat der Kommissionär — so führt er aus — den Einkaufsantrag nicht bloß angenommen, sondern ausgeführt und die Ausführung gemeldet, so ist er nicht mehr in der Lage, den Auftrag aufzukünden. Weigert also der Kommittent die Abnahme der Ware und zwar unter Umständen, welche den Eigentumsübergang auf ihn, namentlich ein constitutum possessorium auf Seite des Kommissionärs ausschließen, so war es Aufgabe des Gesetzgebers, den Kommissionär aus dieser üblen Lage zu befreien und seinem Anspruche auf schleunige Erstattung seiner oft beträchtlichen Auslagen an Kaufgeld u. s. w. gerecht zu werden. Demgemäß ist ihm generelles Deckungsrecht nach Art des Pfandgläubigers im Art. 375 gewährt." (Die Ausführungen stimmen mit dem Reichsoberhandelsgerichte Band 16, Nr. 32 überein.) Wir halten diese Erläuterung für gesucht. Wenn auch der Kommissionär Eigentümer ist, so ist er es doch nur für den Kommittenten. Um dieses ökonomischen Verhältnisses willen, muß er mit seinem Eigentume so verfahren, als hätte er den lediglich formellen Traditionsakt bereits vollzogen und thatsächlich fremdes Eigentum in Händen. — Übrigens ist es sehr bestritten, ob an den gekauften Waren ein Pfandrecht für den Kommissionär entsteht. Für die Verneinung haben sich bspw. Goldschmidt a. a. O. S. 1026 und Laband a. a. O.

Zweckmäßigkeitserwägungen, von denen der Gesetzgeber geleitet wurde, vollkommene Rechtfertigung. — Aber man setze folgenden Fall! Der Kommissionär A hat im Auftrage seines Kommittenten bei B 10 Tonnen Bier gekauft. Ähnliche Geschäfte haben zwischen A und B häufig stattgefunden, jedoch so, daß der Kaufpreis sofort nach der Lieferung des Bieres entrichtet wurde. Auch in unserem Falle war der Kaufpreis nicht kreditiert worden. Der Kommissionär erklärte vielmehr dem Überbringer der quittierten Rechnung, sofort den erforderlichen Barbetrag bei seinem Bankier erheben und dem Gläubiger übersenden zu wollen. Bevor das letztere geschehen war, fallierte A, und der Bierbrauer glaubte in seinem vollen Rechte zu handeln, wenn er nun die Wiederhergabe [10]) seiner Ware verlangte. Denn der Kaufpreis war weder gezahlt noch kreditiert worden. Der Konkursverwalter verweigerte jedoch die Auslieferung und zwar mit der Begründung, daß an dem Biere ein Pfandrecht wegen der dem Kridar vom Kommittenten in laufender Rechnung geschuldeten Gelder bestehe, weshalb nur gegen Zahlung dieser ganzen Schuld eine Freigabe der 10 Tonnen erfolgen könne. — Nach geltendem Recht muß dieser Anspruch anerkannt werden. Denn in der That ist das Eigentum des B nunmehr mit einem Pfandrechte belastet. [11]) Man wird dies nur dann widerlegen können, wenn man darzuthun vermöchte, daß die 10 Tonnen Bier nicht Kommissionsgut seien. Das aber ist unmöglich. Am Kommissionsgut nun hat der Kommissionär, wofern es

---

S. 443, 451 erklärt, für die Bejahung das Reichsoberhandelsgericht Band 16, Nr. 33, Band 18, Nr. 73. Die letztgenannte Ansicht stimmt offenbar allein zu dem Wortlaute des Art. 374.

[10]) Der „Entwurf" hat dieses Recht des Verkäufers durch Schweigen beseitigt. Vgl. Mot. Band III, S. 336.

[11]) Die Konkurs-Ordnung für das deutsche Reich verweist im § 35 auf die Landesgesetze. Im vorwürfigen Falle ist das Handelsgesetzbuch entscheidend.

in seinem Gewahrsam sich befindet, ein Pfandrecht wegen seiner Ansprüche gegen den Kommittenten aus laufender Rechnung (Art. 374).

Voraussetzung des Pfandrechts ist stets Gewahrsam der Sache, welche für die Forderungen haftet. Es genügt jedoch auch der Besitz des Ladescheines, Lagerscheines oder Konnossementes, nicht aber ein Anspruch auf den Besitz dieser Papiere. Das „haben müssen" steht dem „haben" nicht gleich. So lange der Ladeschein noch in der Hand des Frachtführers sich befindet, kann von einem Pfandrechte des Kommissionärs nicht die Rede sein.[12])

Aber der Besitz allein ist noch nicht genügend. Es wird — was freilich selbstverständlich ist — Erwerb des Besitzes im guten Glauben gefordert. Man könnte vielleicht meinen, daß in dem soeben behandelten Falle der auf 10 Tonnen Bier gerichteten Einkaufskommission der redliche Erwerb des Kommissionärs in Abrede gestellt werden müsse. Doch trifft diese Annahme nicht zu. Denn es ist bspw. möglich, daß eine unglückliche Spekulation, von welcher am wenigsten der Kommissionär zuvor etwas ahnte, das Falliment herbeiführte.

Ein der Praxis des Reichsgerichtes[13]) entlehnter Fall läßt die Bemerkung nicht überflüssig erscheinen, daß als Pfandobjekt ein Gegenstand von Wert zu verlangen ist. Der Prozeß war folgender: Dem Kommissionär wurde behufs Einholung neuer Koupons der Talon des alten Kouponbogens eingehändigt. Sein Kommittent selbst war nicht Eigentümer dieses Talons, sondern hatte ihn von einem seiner Klienten erhalten. Nach dem Fallimente seines Auftraggebers wurde dem Kommissionär der Kouponbogen ausgehändigt, und es fragte sich, ob er nunmehr an diesem Pfand- oder Retentionsrecht geltend machen könne.

---

[12]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen Band 13, Nr. 30.

[13]) Vgl. Entscheidgn. d. Reichsgerichtes in Zivilsachen Band 3, Nr. 44.

Für die Verneinung der ersten Frage kam entscheidend in Betracht, daß nach dem preußischen Gesetz [14]) vom 18. März 1869 der Talon einen Vermögenswert nicht repräsentiert. Denn es ist hier ausdrücklich ausgesprochen, daß bei der Aushändigung des neuen Kouponbogens der Inhaber des Mantels den Vorzug vor dem Inhaber des Talons erhält. Sohin konnte es die Absicht des Kommittenten, der den Talon tradierte, nicht sein, einen Gegenstand von Vermögenswert in die Hand des Kommissionärs zu übertragen, so wenig der Kommissionär einen solchen zu gewinnen glaubte. Die Entstehung eines Pfandrechtes [15]) war danach unmöglich.

Soweit die Frage des *Pfandrechtes* in Betracht kommt, ist in der That dem Reichsgerichte beizupflichten. Zwar muß es dahingestellt bleiben, ob nicht aus der Übertragung des wertlosen Talons ein gesetzliches Pfandrecht zu der Zeit sich entwickeln konnte, wo an die Stelle des Talons die Koupons also Gegenstände von Vermögenswert, traten, gleichviel, ob zu dieser Zeit der Pfandschuldner bereits in Konkurs geraten war. Entscheidend ist auch nicht, daß der Kommissionär aus dem Empfange des Talons so wenig ein gesetzliches Pfandrecht zu gewinnen meinte, als der Kommittent ihm ein solches gewähren wollte. Da der Empfänger sich aber vergegenwärtigen mußte, daß der Eigentümer des Mantels vor ihm den Vorzug erhalte, und da er sich weiter dessen bewußt war, daß der Kommittent sehr wohl als Vertreter eines dritten Mantelinhabers handeln *könne*, fehlte bei ihm, der ein Kaufmann war und das ökonomische Verhältnis zweifellos klar überschaute, das Erfordernis des redlichen Erwerbes im Sinne des Art. 306. H. G. B.

Um des Zusammenhanges willen betonen wir des

[14]) Vgl. jetzt den „Entwurf" § 698 und dazu meine Ausführungen Annalen 1888, S. 605 ff.

[15]) Sowohl für das vertragsmäßige als auch für das gesetzliche Pfandrecht gilt der Satz, daß das Pfandobjekt ein Gegenstand von Verkaufswert sein müsse.

Weiteren, daß darüber kein Zweifel entstehen kann, daß der substituierte Kommissionär an dem Kommissionsgute gegenüber seinem Auftraggeber ein Pfandrecht erlangt, — vorausgesetzt, daß er den ihm angetragenen Auftrag bona fide übernahm. Dieses Pfandrecht aber ist nur ein solches gegen seinen Kommittenten; es wirkt zwar auch gegen den Auftraggeber des letzteren; es ist aber deshalb kein Pfandrecht gegen diesen. Stünde dem Substituten gegen seinen Auftraggeber keine Forderung aus dem Kommissionsgeschäfte zu, wohl aber eine Forderung aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften gegen dessen Kommittenten, so könnte er dem letzteren gegenüber ein Pfandrecht an diesem Kommissionsgut nicht geltend machen. Denn es fehlt hinsichtlich desselben an einem direkten Kontraktsverhältnisse zwischen dem Substituten und dem ersten Kommittenten, welches eine Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechtes nach Art. 374 ist.

In zweiter Reihe nun fragte es sich in dem dem Reichsgerichte vorgelegenen Falle, ob zu gunsten des Kommissionärs ein Retentionsrecht nach Art. 313 ff. begründet sei. Auch hier verneinte der Gerichtshof und zwar mit der Motivierung, daß ein solches nur an Sachen des Schuldners entstehen könne.

Allerdings spricht für diese Annahme der Wortlaut des Art. 313,[16]) aber keineswegs der Sinn desselben. Wir haben uns gegen die herrschende Lehre bereits an anderer Stelle[17]) erklärt. Auch hier möchten wir in anbetracht der hohen Bedeutung unserer Frage für den Verkehr wiederholen, daß unseres Erachtens in dem Retentionsrechte rechtlich nichts Anderes, als ein der Form nach erleichtertes Pfandrecht zu finden ist.

---

[16]) Auf diesen Wortlaut ist um deswillen kein Gewicht zu legen, weil die Worte „des Schuldners" (Art. 313) ein Erfordernis des Satzbaues waren.

[17]) Vgl. kritische Vierteljahrsschrift für Gesg. u. Rw., N. F. Band 11, S. 115 f.

Art. 309 des Handelsgesetzbuches, welcher die bedeutungsvollste Bestimmung über die Bestellung des kaufmännischen Faustpfands enthält, hebt alle nach den Landesgesetzen für die Entstehung eines solchen etwa erforderlichen Förmlichkeiten auf. Es soll die bloße Tradition der Regel nach genügen.[18])

Art. 313 verfolgt dieses Prinzip noch um einen großen Schritt weiter. Von der Überzeugung geleitet, daß in der Förderung des Kredites der wichtigste Hebel für das Gedeihen von Handel und Verkehr gelegen sei,[19]) anerkennt der Gesetzgeber unter der gesteigerten Voraussetzung einer fälligen Forderung, welche aus einem zwischen den Parteien geschlossenen[20]) Geschäfte herrührt, ein Pfandrecht zu gunsten

[18]) Die einzige Ausnahme erstreckt sich (Art. 309 Abs. 2) auf die durch Indossament übertragbaren Papiere, insofern bei diesen außer der Tradition noch ein Indossament gefordert wird.

[19]) Charakteristisch ist, daß der Kaufmann verstimmt wird, wenn der Kreditgeber von ihm eine „Kaution" fordert, mag ihm die Gewährung derselben auch noch so leicht fallen. In dem Retentionsrechte erlangt der Gläubiger stillschweigend eine solche Sicherheit, ohne daß er dem Schuldner dabei irgendwie zu nahe tritt, und eben hierin liegt die hohe Bedeutung des Zurückbehaltungsrechtes für das Verkehrsleben.

[20]) Merkwürdig ist es, wie lax die herrschende Lehre, so bspw. Goldschmidt und das Reichsgericht Band 9 Nr. 7, das Wort „geschlossen" auslegt, während sie die Worte „des Schuldners" strikte interpretiert. Man giebt wohl zu, daß gegenüber zedierten Forderungen ein Retentionsrecht unzulässig sei, gewährt es aber gegenüber solchen Ansprüchen, die durch Indossament erworben sind. Man läßt also die Anwendung des Art. 313 zu, wenn der Gläubiger bspw. eine Forderung gegen den Acceptanten eines Wechsels hat, welchen Wechsel er während der Zirkulation erwarb, sofern sich aus etwelchem Anlaß retinierbare Objekte in seiner Hand befinden. — Fragt man nach dem Grunde dieser Inkonsequenz, so läßt sich wohl nicht verkennen, daß man in der Übertragung einer Forderung durch Indossament gleichsam die direkte Begründung eines Forderungsrechtes zwischen dem Indossatar und dem Acceptanten erblickt. Das aber erklärt sich wieder aus unseren unglücklichen „Wechseltheorieen". (Vgl. gegen dieselben meine Ausf. Krit. Vjschrft. f. Ges. u. Rw. Band 29

des Gläubigers schon dann, wenn er nicht gegen den Willen des Schuldners Sachen desselben zu Besitz erlangt hat. Doch darf er nie einer gegen den Schuldner ausdrücklich übernommenen Verpflichtung mit der Geltendmachung seines Rechtes zuwiderhandeln.

Liegt also in dem Retentionsrechte nichts als ein der Form nach erleichtertes, den Voraussetzungen nach erschwertes Pfandrecht, so muß man ihm gegenüber auch alle diejenigen Bestimmungen über das kaufmännische Faustpfand zur Anwendung bringen, welche der Gesetzgeber nicht schon nach der ganzen Anlage des Retentionsrechtes ausgeschlossen hat. Es muß also die Redlichkeit des Besitzerwerbes genügen, um den Retinenten gegen die Vindikation des dritten Eigentümers oder des älteren Pfandgläubigers zu schützen. Die Kaufmannseigenschaft des Schuldners wird bekanntlich bei dem

---

S. 533 ff.) Hätte man die Wechselordnung selbst zu Rate gezogen, so würde man diesen Fehler wohlweislich vermieden haben. Denn hier heißt es im Art. 10: „Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar über." Wir haben es also auch hier mit einem übergegangenen (abgeleiteten) Rechte zu thun, nicht mit einem solchen, das zwischen dem Retinenten (Indossatar) und dem Acceptanten direkt begründet wurde. Es bedarf keines Hinweises darauf, daß die Auffassung der Gegner der Ratio legis widerspricht. Denn der Gesetzgeber stellt das Erfordernis des „geschlossenen" Geschäftes auf, um dadurch dem Schuldner einen Schutz zu gewähren, insbesondere ihm gegenüber eine unvoraussehbare Retention unmöglich zu machen. Er hielt diese Voraussetzung — trotzdem er auf alle anderen verzichtete — auch im Art. 314 aufrecht! Und doch ist es der modernen Rechtswissenschaft gelungen, das entscheidende Wörtchen hinwegzuinterpretieren. Gerade beim Wechsel aber kann der Acceptant nie wissen, durch welche Hände seine Schuldverschreibung laufen werde, gerade hier bedurfte er also vornehmlich des ihm vom Gesetzgeber zugedachten Schutzes. Daß die herrschende Lehre Kollisionen Thür und Thor öffnet, liegt auf der Hand. Man schafft sich ohne Dazuthun des Schuldners eine Pfandsicherheit, indem man den Wechsel einem Geschäftsfreunde indossiert, der Retentionsobjekte im Besitze hat.

Retentionsrecht stets verlangt. Es ist aber widersinnig, wenn man das anvertraute Gut eines Dritten von dem gutgläubigen Retinenten vindizieren läßt, diesen Schutz des Eigentums jedoch versagt, wenn sich die Sache in der Hand eines Pfandgläubigers befindet. Es muß vielmehr in beiden Fällen genügen, wenn sich der Schuldner (Kaufmann) seinem Gläubiger gegenüber als Eigentümer aufspielte, und es kann unmöglich gerade die Existenz des Retentionsrechtes davon abhängig gemacht werden, daß derjenige wirklich Eigentümer war, gegen den es ausgeübt wird.

Die gegnerische Meinung muß zugeben, daß der Gesetzgeber sich einer sehr bedenklichen Inkonsequenz schuldig gemacht hätte, wenn er ihre Anschauung billigte. Deshalb wird man zuverlässige Anhaltspunkte für eine solche Absicht fordern. Die Berufung auf die Worte „des Schuldners" im Art. 313 genügt um deswillen nicht, weil jene Worte nur den Satzbau vermitteln und folglich nicht dazu geeignet sind, eine Frage von so erheblicher praktischer Tragweite in einem praktisch unbrauchbaren Sinne zu entscheiden. Ja, diese Interpretation erscheint um so haltloser, als sich in den Protokollen keine Stütze dafür findet, daß sie beabsichtigt worden sei.

Man kann auch keineswegs geltend machen, daß zwischen dem Pfand- und Retentionsrechte ein prinzipieller Unterschied bestehe, und etwa darauf hinweisen, daß sich schwerlich jemand dazu entschließt, fremdes Eigentum zu verpfänden, leicht hingegen es unter Voraussetzungen fortgiebt, unter welchen nur ein Retentionsrecht an demselben entsteht. Denn auch die Entstehung des Retentionsrechtes ist dadurch bedingt, daß den Weisungen nicht entgegengehandelt werde, welche von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilt worden sind. Es muß also die Tradition in der Art erfolgt sein, daß der Empfänger thatsächlich berechtigt war, in derselben eine Sicherung der ihm zustehenden Forderung zu erblicken [21].

[21]) Vgl. die vorige Anm.

Dieser Ansicht steht auch Art. 314 nicht entgegen, insofern er im Falle der Insolvenz des Schuldners dem Retinenten das Recht einräumt, selbst gegen eine ihm erteilte Vorschrift die Ware zu seiner Befriedigung zurückzuhalten. Denn es wird auch hier auf den redlichen Erwerb des Retinenten ein besonderes Gewicht gelegt, durch das Verlangen, daß ihm die Insolvenz erst nach der Empfangnahme der Ware bekannt geworden sei. Er mußte also bei Erlangung des Besitzes seinen Schuldner für solvent und weiter für den Eigentümer der Retentionsobjekte halten. Mit Rücksicht auf diese beiden Voraussetzungen erscheint aber die Ausnahmebestimmung des Art. 314 vollkommen gerechtfertigt. — Das Retentionsrecht selbst bezweckt die Sicherung der Kreditgewährung. Diese Sicherung mußte bei einer so außerordentlichen Gefährdung des gewährten Kredits, wie sie im Art. 314 unterstellt wird, um den Bedürfnissen des Verkehrslebens zu genügen, weit ausgedehnter sein, als in den gewöhnlichen Fällen. Aus diesem Grunde wird auf die sonst verlangte Fälligkeit der Forderung verzichtet, ja selbst die entgegenstehenden Weisungen des Auftraggebers werden für irrelevant erklärt.

Ist sohin die Begründung der Ansicht des Reichsgerichts nicht unbedenklich [22], so möchte sein Resultat gleichwohl aus einem anderen Grunde zu rechtfertigen sein. Zweifellos dürfte es nämlich im gegebenen Falle an dem redlichen Besitzerwerbe des Retinenten fehlen. Es fällt entscheidend ins Gewicht, daß er in den Besitz eines retinierbaren Vermögensobjektes, nämlich des Kouponbogens, erst zu einer Zeit gelangte, wo ihm die Insolvenz seines Schuldners bereits bekannt war. Dann

---

[22]) Übrigens mag bemerkt werden, daß diese Ansicht des Reichsgerichts sich in der Theorie der alleinigen Herrschaft erfreut, während die mitunter in erstinstanziellen Urteilen hervortretende entgegengesetzte Meinung wohl durch die Mitwirkung der Handelsrichter hervorgerufen wurde.

aber ist nach Art. 314 Abs. 2 ein Retentionsrecht zweifellos ausgeschlossen.

Der Gesetzgeber führt sodann die Forderungen auf, wegen deren das Pfandrecht ausgeübt werden darf. Es werden genannt, die auf das Gut verwendeten Kosten, die Provision, die rücksichtlich des Gutes gegebenen Vorschüsse und Darlehen. Nicht minder wird ein Pfandrecht an dem Kommissionsgute dadurch begründet, daß der Kommissionär im Hinblick auf dasselbe Wechsel zeichnete oder sonstwie Dritten gegenüber Verbindlichkeiten einging. Es kommt bekanntlich im Verkehrsleben sehr häufig vor, daß Auftraggeber nach Übersendung der zu verkaufenden Ware an den Kommissionär, aber schon vor der Veräußerung den ungefähren Gegenwert trassieren, d. h. in Wechselform auf den Beauftragten entnehmen. Mit Recht hielt es der Gesetzgeber für geboten, solchen Trassierungen gegenüber das Pfandrecht ausdrücklich zu statuieren.

Aus der Exemplifikation des Art. 374 läßt sich zweifellos entnehmen, daß alle Ansprüche des Kommissionärs, welche mit der erteilten Kommission im Zusammenhang stehen, durch ein Pfandrecht an dem Kommissionsgute gesichert werden sollten.

§ 15. b) Das Pfandrecht gegenüber Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.

Wenn wir der Betrachtung des Pfandrechtes in laufender Rechnung einen eigenen Paragraphen widmen, so geschieht dies, um einer Reihe von bedenklichen Irrtümern entgegenzutreten, welche sich bis zur Stunde als herrschende und unangefochtene Ansicht in der Lehre über den Kontokorrentvertrag behauptet haben[1]).

Man ist gewöhnt, zwischen Kontokorrentverhältnis und

---

[1]) Vgl. bspw. Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1887. S. 98. Nr. 21. (Entscheidung des Reichsgerichtes vom 1. Februar 1887.)

Kontokorrentvertrag zu unterscheiden und streitet darüber, ob nur dem letzteren oder beiden gegenüber das Pfandrecht aus Art. 374, welches auf alle Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften ausgedehnt ist, zur Anwendung komme. Das Reichsgericht[2]) hat ausdrücklich ausgesprochen, daß von diesem Pfandrechte beim bloßen Kontokorrentverhältnisse nicht die Rede sein könne, während bspw. Laband die entgegengesetzte Meinung vertritt[3]).

Wir würden uns dieser terminologischen Unterscheidung bereitwillig anschließen, wenn wir nicht befürchteten, daß gerade sie Veranlassung gegeben, das Wesen der „laufenden Rechnung" zu verkennen. Auch findet sie im Gesetz selbst (Art. 291) keinerlei Anhalt.

In der That liegt eine laufende Rechnung noch nicht vor, wenn A dem B 10000 Mark Preußische Konsols zum Verkaufe übersendet und ihn bittet, für den Erlös 300 £ Egypter und, soweit der Rest reicht, ungarische Goldrente anzukaufen. Allem Anscheine nach erblickt Grünhut[4]) in einer derartigen Transaktion ein Kontokorrentverhältnis. U. E. liegt zu einer solchen Bezeichnung kein Grund vor. Denn man wählt sie doch bloß deshalb, weil A sich nicht für den ganzen Erlös seiner Konsols Egypter kaufen läßt. Würde der Auftrag im letztgedachten Sinne lauten, so spräche man gewiß nur von einer „Doppelkommission". Der Umstand nun, daß A zugleich Ungarische Goldrente anzukaufen wünscht vermag unmöglich an dem juristischen Verhältnis etwas zu ändern. Aber auch dann kann sich das Rechtsverhältnis nicht anders gestalten, wenn vor der Abwickelung der ersten Kommission eine neue erteilt wurde. Dadurch entsteht zwar auf dem

---

[2]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichtes Band 9 Nr. 123.

[3]) a. a O. S. 449.

[4]) Vgl. „Recht des Commissionshandels" S. 288 ff., sowie dessen Beitrag in seiner Zeitschrift Band 3, S. 473 ff. und Endemann's Handbuch Band 3, S. 218 ff., sowie S. 936 ff.

Konto des Kommittenten ein fortlaufendes Rechnungsverhältnis, aber noch keine laufende Rechnung im Rechtssinne. Die Parteien beabsichtigen ja, die Rechnung für jede einzelne Kommission, sobald es angeht, auszugleichen, und es fehlt daher die für den Kontokorrentverkehr notwendige, auf die Feststellung eines Saldos gerichtete Absicht. Hiernach muß daran festgehalten werden, daß in den bisher erörterten Fällen das Pfandrecht nur gesondert für jedes einzelne Kommissionsgeschäft geltend gemacht werden kann, gerade so wie ein jedes Geschäft für sich allein abgerechnet wird.

Verschuldete es der Einfluß nicht deutscher Schriftsteller oder die unglückliche Terminologie, vermöge deren man das soeben erörterte „offene Konto" bereits als Kontokorrentverhältnis getauft hatte, jedenfalls gelangte man übereinstimmend zu einer vollkommen unrichtigen Auffassung des Kontokorrentvertrages. Erschien einmal das offene Konto als eine Art laufende Rechnung, ohne das es doch die vom Gesetzgeber im Art. 291 gemeinte sein konnte, so war man gezwungen, besondere Merkmale für die letztere zu suchen, gleichviel ob in oder außer dem Gesetze. Die Kreditgewährung sollte danach das Charakteristikum der eigentlichen laufenden Rechnung sein! Offenbar war es ein recht gewagtes Spiel, daß Juristen in diesem Zusammenhange mit dem Begriffe des Kredites zu operieren begannen, ein Begriff, der in seinen einfachsten praktischen Anwendungen zu den größten Schwierigkeiten führt.[5])

[5]) Vgl. meine Ausführungen in der Krit. Vjschrift. N. F. Band 11, S. 117. Dagegen Rießer „Zur Revision des Handelsgesetzbuches" S. 344 ff. unter Berufung auf seine Abhandlung in den Verhandlungen des 18ten deutschen Juristentages S. 1 ff. — Die Lektüre derselben hat meine Überzeugung, daß unsere Ansichten scharf auseinandergehen, erheblich befestigt, wie denn wohl auch Rießer zugestehen wird, daß die hier dargelegte Auffassung auf einer völlig anderen Anschauung und Beurteilung des Parteiwillens beruhe, als seine von Fiktionen übersprudelnden, wenn auch mit juristischem Scharfsinn geschriebenen Ausführungen. Meine Würdigung der Sache geht auf die mit unbefangenem

Liegt bspw. eine Krediteinräumung vor, wenn A dem B verspricht, ihm in laufender Rechnung Wechsel auf Bleichröder zum Berliner Privatsatze bei einer festgesetzten Provision zu diskontieren? War die Sicherheit des Accepts hier nicht bereits eine so zweifellose, daß von einer Kreditgewährung an den Trassanten gar nicht die Rede sein konnte? Ist es eine Kreditgewährung, wenn jemand auf erststellige Hypothek in der Stadt München Geld leiht, oder etwa russische Staatspapiere mit 50 % des Kurswertes lombardiert? Schließt hier die reale Sicherheit nicht schon den Begriff des Kredites aus?[6]) Allerdings findet sich schon im römischen Rechte dieser Begriff als ein wichtiges rechtliches Kriterium verwertet. Aber man darf nicht vergessen, daß, wenn bspw. das Zwölf-Tafelgesetz den Satz aufstellte, das Eigentum gehe beim Kaufe nur über, wenn der Kaufpreis gezahlt oder kreditiert worden ist, ein Zweifel über das Wesen des Kredites niemals aufkommen konnte. Hier nämlich verstand man unter Kredit eine im Vertrauen auf Rückerstattung vorgenommene Wertübertragung, was allein seinem Wesen entspricht. In der That sollte man juristisch von Kredit nur dann sprechen, wenn Werte ohne entsprechende Sicherung im Vertrauen auf spätere Rückgabe übertragen werden, also bspw. beim Darlehen, welches nicht durch Pfandhingabe gesichert ist. —

Und nun erst gar die gegenseitige Kreditgewährung, die Grünhut[7]) auf sein Banner schreibt! Wahrlich, dieses Postulat dürfte die unglückselige Folge haben, daß es im Deutschen Reiche fast keine Kontokorrentverträge mehr giebt,

Auge aufgenommenen Erfahrungen einer mehrjährigen Praxis zurück, die ich durchmachte, bevor ich noch eine juristische Schulung erhalten, also auch bevor ich mich durch eine überzeugende „Konstruktion" hatte blenden lassen.

[6]) Diese Frage kann man nicht dadurch umgehen, daß man von „Buchkredit" spricht und diesen Begriff unaufgeklärt läßt, wie Rießer a. a. O.

[7]) Ihm folgt auch das Reichsgericht.

während doch viele Tausende von Kaufleuten solche zu unterhalten meinen. Wenn der Industrielle sich bei dem Bankier einen Blanko-Kredit von 10000 Mark einräumen läßt und mit dem Kreditgeber infolge der Übersendung seiner „Kundenwechsel" halbjährig einen Umsatz von vielleicht 150000 Mark macht, so besteht zwischen ihnen nach Grünhut ein Kontokorrentvertrag im Sinne der gesetzlichen laufenden Rechnung nicht. Denn der Industrielle hat ja dem Bankier keinen Kredit gewährt. Und da lese man schließlich die umständliche Begriffsbestimmung der laufenden Rechnung bei Grünhut: „Voraussetzung ist, daß zwischen dem Kommittenten und Kommissionär ein eigentlicher Kontokorrentverkehr besteht, daß dieser also auf einer Übereinkunft beruht, sich gegenseitig für einen bestimmten Zeitraum rücksichtlich der während desselben abgeschlossenen Rechtsgeschäfte derart Kredit zu gewähren, daß die nach Ablauf der für die Abrechnung bestimmten Zeitperiode durch Kompensation der ganzen zu einer unteilbaren Einheit verschmolzenen Kreditmasse, mit der ganzen zu einer unteilbaren Einheit verschmolzenen Debetmasse gefundene Differenz zwischen beiden eine einheitliche Forderung (Saldo) zu Gunsten des einen Teiles ausmachen soll." Eine komplizierte Definition, welche jedoch in den seltensten Fällen den Kontokorrentverträgen der Gegenwart wirklich entspricht!

Fragt man nun aber, was die laufende Rechnung eigentlich sei, so halten wir es für dringend geboten, zuvor ihren Zweck festzustellen. Ist dieser gefunden, so wird die Begriffsbestimmung keine Schwierigkeiten bereiten. Die Parteien, welche in eine laufende Rechnung treten, beabsichtigen nichts weiter als eine Vereinfachung der Abrechnung. Gleichgültig ist die Einräumung eines Kredits. In großer Zahl erfolgen Kreditgewährungen auf bloße Wechselzeichnung hin, ohne daß also überhaupt deshalb eine Rechnung eröffnet würde, ge-

---

[8]) So a. a O. S. 289.

schweige denn eine laufende. Umgekehrt läßt es sich nicht in Abrede stellen, daß vielfach die Begründung einer laufenden Rechnung mit der Gewährung eines Kredites zeitlich zusammenfällt, niemals aber oder nur ganz selten mit einer gegenseitigen Krediteinräumung. Die Parteien, welche einen Kontokorrentvertrag eingehen, beabsichtigen eine große Anzahl von Geschäften mit einander abzuschließen. Sie ziehen es behufs Ersparung von Zeit, Mühe und Kosten vor, statt jedes einzelne Geschäft besonders mit einander abzurechnen, über alle zusammen nach einem gewissen Zeitverlauf, in Deutschland meist halbjährig,[9]) in Frankreich alle drei Monate, einen Rechnungsauszug zu veranstalten. Während dieses Zeitraums summieren sich die Posten im Debet und Kredit, und das aus der Vergleichung beider Kapitalquoten gewonnene Resultat, der Saldo, repräsentiert nach der vereinbarten Frist das Ergebnis des Verkehrs in laufender Rechnung.

Danach ist der Kontokorrentvertrag eine zur Vereinfachung der Abrechnung getroffene Vereinbarung von geschäftlich verkehrenden Personen des Inhalts, daß die aus den beiderseitigen Umsätzen resultierende Schuldsumme rechnerisch erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit festgestellt werde.

Behält man im Auge, daß der Grund dieser Rechnungsweise nur die Bequemlichkeit ist, welche mit den fortlaufenden Buchungen verknüpft ist, daß aber mit dieser Vereinbarung keineswegs die Absicht verbunden wird, irgendwie die materiellen Rechtsverhältnisse zwischen den Kontrahenten umzugestalten, so wird man es als ungerechtfertigt ansehen müssen, wenn aus dieser Verabredung irgend welche rechtlich relevanten Schlüsse gezogen werden. Gleichwohl lehrt man,[10]) daß mit dem Abschlusse eines Kontokorrentvertrages regel-

---

[9]) Es wäre sehr erwünscht, Art. 291 Abs. 2, der eine einjährige Abrechnungsfrist vorschreibt, im Sinne des Verkehrsgebrauches zu ändern.

[10]) Vgl. Endemann's Handbuch Band III. S. 945 Note 7 und S. 946 Text zu Note 12. Rießer a. a. O. S. 10.

mäßig ein Klagenverzicht beider Contrahenten für die Dauer des Kontokorrentverkehrs verbunden sei, soweit die Posten der laufenden Rechnung in Frage stehen. Denn die Parteien, welche in eine laufende Rechnung treten, wollen nur den Saldo als maßgebend für das gegenseitige Schuldverhältnis anerkennen. — Dieser Auffassung steht die klare Absicht der Kontrahenten unzweifelhaft entgegen. Gehen diese einen Kontokorrentvertrag ein, so thun sie es offenbar in der Voraussetzung, daß jeder der beiden Teile seinen vertragsmäßigen Pflichten während der Dauer der laufenden Rechnung voll und ganz nachkommen werde, daß sich also ein Grund zur Klage innerhalb dieser Zeit gar nicht ergeben könne. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb gegen denjenigen, der diese Pflicht verletzt, nicht gerichtlich vorgegangen werden soll. — Um deswillen muß es völlig ungerechtfertigt erscheinen, Wechselregreßklagen wegen bestehenden Kontokorrentvertrages auszuschließen,[11]) da der Regressat offenbar mit der Übermittlung des Wechsels auch die Haftung für dessen Eingang übernimmt und übernehmen muß. Eine Ausnahme von der Verurteilung (exceptio) wird natürlich dann stattfinden, wenn der Beklagte beim Kläger ein der Regreßsumme gleichkommendes verfügbares Guthaben hat oder wenn trotz dieses notleidenden Wechsels der Kredit noch nicht erschöpft wird, welcher dem Beklagten vom Kläger eingeräumt worden ist.[12])

Es mag nicht unbemerkt bleiben, daß eine laufende Rechnung auch ohne ausdrückliche Vereinbarung zur Entstehung gelangen kann, wenn bspw. der Kommissionär dem Committenten einen Kontokorrent eröffnet, der letztere aber

[11]) Es ist gleichgültig, ob der Rikambio-Wechsel in laufender Rechnung gebucht wurde. Eine solche Buchung dient zur Vereinfachung, da ja auch die spätere „Anschaffung“ in das Kredit des Konto-Korrents eingetragen wird.

[12]) Diese Einreden sind zweifellos schon nach Art. 82 W. O. zulässig.

durch Zurückhaltung einer entgegenstehenden Erklärung stillschweigend sein Einverständnis hiermit zu erkennen giebt.

Es ist nun aber bei einer Auffassung des Kontokorrentes, wie sie soeben vorgetragen wurde, vollkommen begreiflich, daß der Gesetzgeber das Pfandrecht zu gunsten des Kommissionärs auf alle Forderungen in laufender Rechnung ausdehnte. Denn diese Bestimmung bedeutet nur, daß, wenn die Parteien vereinbart haben, während eines längeren Zeitraumes Kommissions-Geschäfte mit einander ohne spezielle Abrechnung abzuschließen, die dem Kommissionär zugekommenen Wertobjekte als Sicherheit für den am Ende des Zeitraumes zu seinen gunsten sich ergebenden Saldo dienen sollen. Erwägt man, daß beim Bestehen einer laufenden Rechnung auf beiden Seiten fort und fort, je nachdem Anschaffungen gemacht oder Gelder[13]) erhoben werden, Kredit und Debet im Flusse sind, so liegt es in der Natur der Sache, daß das Pfandrecht allein für den Saldo wirksam werden kann. Denn er und nur er repräsentiert hier eigentlich die Forderungen aus dem Kommissionsgeschäfte gemäß der Absicht der Parteien, nach welcher die einzelnen Rechnungsposten lediglich als Faktoren für die Bestimmung dieses Schlußresultates erscheinen. Der Kommissionär, welcher heute für den Auftraggeber in Auslage tritt, berücksichtigt bei der Feststellung der ihn sichernden Deckung im Falle des Bestehens eines Kontokorrents nicht allein das in seiner Hand befindliche Gut des Auftraggebers, sondern auch die ihm in Aussicht gestellten Waren, deren Verkauf er demnächst bewirken soll. Kurz, es liegt im Wesen dieses auf fortlaufende Umsätze gerichteten Geschäftsverkehrs, daß die in der Hand des Kommissionärs befindlichen Sicherheitsobjekte von dem einzelnen Auftrage losgelöst werden und nur für das diesen Geschäften entsprechende Endresultat, den Saldo, in Betracht kommen.

---

[13]) Das kommt nach Rießer a. a. O. S. 7 nie vor.

Durch seine Ausdrucksweise, daß das Pfandrecht wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften stattfinde, beugte der Gesetzgeber überdies mit Geschick zwei Mißverständnissen vor. Er verhütete die Vorstellung, als ob der Kommissionär das vor Entstehung der Saldoforderung in seine Hand gelangende Kommissionsgut als Pfandsicherheit für den Saldo nicht verwerten dürfe. Daneben aber betonte er, daß das Pfandrecht nur wegen derjenigen im Kontokorrent verzeichneten Forderungen, welche aus Kommissionsgeschäften herrühren, statthaft sei; alle anderen müssen also ausgeschieden werden, wie das Reichsgericht mit Recht ausgeführt hat,[14]) auch wenn sie im Saldo enthalten wären.[15])

Es mag schließlich noch betont werden, daß das Pfandrecht des Kommissionärs keineswegs die Bedeutung hat, daß er um seiner Erhaltung willen den Vorschriften seines Kommittenten entgegenhandeln dürfte. Vielmehr hat er die Pflicht, gehorsam den ihm erteilten Weisungen zu entsprechen, sollte selbst durch obwaltende besondere Verhältnisse sein Pfandrecht illusorisch gemacht werden.

In diesem Sinne hat sich auch das Reichsoberhandelsgericht[16]) ausgesprochen. Es war einem amerikanischen Kommissionär eine Ware zum Verkaufe übersendet worden, für deren Absatz sich geringe Chancen boten. Die davon in Kenntnis gesetzten Kommittenten verlangten öffentliche Versteigerung. Der Kommissionär aber befürchtete mit der

---

[14]) Entscheidungen Band 9 Nr. 122 S. 430.

[15]) Gegen die herrschende Lehre und insbesondere gegen die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 10 Nr. 53, wonach die Saldoziehung alle früheren Pfandrechte aufhebt und die Bürgen befreit, sowie gegen die diesbezügliche Bestimmung des „Entwurfes“ im § 264 (Neuerungsvertrag) vgl. meine Ausführungen Annalen 1890. S. 52 ff. Für das Reichsgericht wiederum Rießer a. a. O. S. 13.

[16]) Vgl. Entscheidungen Band VI. S. 314.

Verzollung die Ware dermaßen zu verteuern, daß durch den Erlös die von ihm verauslagte Fracht nicht würde gedeckt werden können. Er widersetzte sich daher der ihm erteilten Kommission und ließ die Ware unverkauft, weil, wie er ausführte, im Falle eines öffentlichen Verkaufes sein Pfandrecht vereitelt und kein Aequivalent für dasselbe erzielt worden wäre. Der Gerichtshof hielt dieses Verfahren für inkorrekt, weil es dem Kommissionär keineswegs gestattet werden könne, lediglich zur Wahrung seines Pfandrechtes, imperativen Instruktionen seines Auftraggebers sich zu widersetzen.

Es mag bemerkt werden, daß in weitaus den meisten Fällen dem Kommissionär bei Befolgung der Vorschriften seines Kommittenten ein Nachteil nicht erwachsen wird, da er ja auch die Abtretung der durch den auftragsgemäßen Verkauf erlangten Forderung insolange verweigern kann, bis er für seine sämtlichen Ansprüche gedeckt worden ist![17]) Es versteht sich ferner von selbst, daß diejenigen nachträglichen Dispositionen des Kommittenten nicht beachtet zu werden brauchen, welche auf die Vereitelung des Pfandrechtes hinzielen.

§ 16. c) Die Pfandexekution.

Der Verkauf des Pfandobjekts erfolgt behufs Befriedigung des Kommissionärs nach den Vorschriften des Art. 310 des H.-G.-B., also nach Art der Exekution des schriftlich unter Kaufleuten bestellten Faustpfandes. — Allerdings bestimmt der Gläubiger den Zeitpunkt[1]) des Pfandverkaufs. Jedoch müssen die vom Gesetzgeber geforderten Voraussetzungen gegeben sein, also insbesondere Verzug des Kommittenten hinsichtlich der ihm dem Kommissionär gegenüber obliegenden Verpflichtungen. Vor dem Verkaufe muß

---

[17]) Vgl. Art. 374 Abs. 2.

[1]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichtes Band I. Nr. 112.

weiter die Einwilligung des für den Pfandgläubiger zuständigen Handelsgerichtes[2]) unter Vorlegung der dazu erforderlichen Bescheinigungsmittel[3]) eingeholt werden. Es wird dem Richter meist aus Briefen dargethan werden können, daß zwischen den Parteien ein Kommissionsverhältnis besteht, und eventuell aus Schuldscheinen oder Handelsbüchern, daß der Kommittent mit Erfüllung seiner diesbezüglichen Verpflichtungen im Verzuge ist.

Die Prozedur nach Art. 310 ist übrigens kein Prozeß, sondern eine richterliche Kenntnisnahme (Kognition); damit hängt es zusammen, daß der Kommissionär den Verkauf auf eigene Gefahr auszuführen hat. Den Kommittenten aber muß er sowohl von der Einwilligung des Gerichts als auch von dem Verkaufe in Kenntnis setzen. Der Gläubiger, welcher dies unterläßt, haftet seinem Schuldner für den aus der Unterlassung entstandenen Schaden. Dem Kommittenten steht es frei, bis zu dem Zeitpunkte des nach Art. 310 bewirkten[4]) Verkaufes die versäumte Handlung nachzuholen.

Die im Art. 312 vorbehaltenen Verkaufsrechte öffentlicher Pfandanstalten kommen bei Exequierung des gesetzlichen Pfandrechts ebenfalls zur Anwendung. Ja, es genügt, wenn entsprechend dem zweiten Absatze des Art. 312 die in den einzelnen Staaten normierten erleichternden Vorschriften bei dem Pfandverkaufe beobachtet wurden; jedoch gilt das

---

[2]) Diese Zuständigkeit ist keine ausschließliche. Denn es kann bspw. auch das für die Konkursmasse des Schuldners zuständige Gericht (der Gerichtsstand des Schuldners) angegangen werden. Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 20 Nr. 53. — Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, die ihm vom Gesetze eingeräumte Wohlthat, das Gericht seiner Handelsniederlassung angehen zu dürfen, auszunützen.

[3]) Namentlich für die Fälle der mündlich erteilten Kommission dürfte es von Bedeutung sein, daß nach § 266 der Reichszivilprozeßordnung auch der Eid zur Glaubhaftmachung dienen kann.

[4]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 19 Nr. 33 S. 104 und Band 11 Nr. 4 S. 12.

nur für den Fall, da Pfandgläubiger und Schuldner Kaufleute sind und die Forderung aus einem Handelsgeschäfte herrührt.

Es erhebt sich nun aber die Frage, ob es nicht möglich sei, in allen Fällen vertragsmäßig die Einmischung des Gerichtes beim Pfandverkaufe auszuschließen, und es ist kein geringerer als Goldschmidt[5]) gewesen, welcher sich grundsätzlich verneinend ausgesprochen hat. Umgekehrt neigt die Rechtsprechung standhaft der entgegengesetzten Richtung zu,[6]) welche auch wir im Interesse des Verkehres und aus Rechtsgründen für gerechtfertigt halten. Allerdings scheint die Goldschmidt'sche Ansicht durch Art. 375 gestützt. Aber wir meinen, daß sie wenigstens für die Fälle den Rückzug antreten muß, da beide Kontrahenten, Kommissionär und Kommittent, Kaufleute sind. Bei solcher Sachlage gewährt nämlich das Handelsgesetzbuch selbst im Art. 311 die Möglichkeit der Ausschließung gerichtlicher Einmischung beim Pfandverkaufe.[7])

Es liegt aber nahe, den Art. 311 auch dann für anwendbar zu erklären, wenn der Kommittent nicht Kaufmann ist.[8]) Denn während der Gesetzgeber prinzipiell nur den Pfandverkauf im Handelsverkehr erleichtern wollte und in den Art. 309 ff. lediglich den Fall ins Auge faßte, da Verpfänder und Pfandgläubiger Kaufleute sind, machte er beim Kommissionspfande eine Ausnahme. Er verzichtete hier auf die Kaufmannseigenschaft des Kommittenten. Wenn er gleichwohl für den Pfandverkauf nur auf Art. 310 Bezug nahm, so erklärt

---

[5]) Vgl. Handbuch des Handelsrechts S. 1026.

[6]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 14 Nr. 62 und Band 16 Nr. 34.

[7]) Den Art. 375. H. G. B. als zwingendes Recht zu erklären, ist undenkbar.

[8]) Praktisch kommt eben nur die Kaufmannseigenschaft des Kommittenten in Frage.

sich dies einfach daraus, daß er von dem regelmäßigen Falle ausging, da bei der Hingabe des Pfandes keine besonderen Vereinbarungen getroffen werden. Immerhin hat er auch durch Verweisung auf Art. 310 deutlich das Verlangen zum Ausdruck gebracht, es sollen beim Pfandverkaufe dieselben Rechtssätze maßgebend sein, welche für die Exekution des unter Kaufleuten schriftlich begründeten Pfandes aufgestellt worden sind. Hiernach steht außer Zweifel, daß der Gesetzgeber den Kommittenten, soweit im Falle seines Verzuges der Verkauf der Sicherheitsobjekte in Frage kommt, einem Kaufmanne gleich stellte, welcher für eine aus beiderseitigen Handelsgeschäften entstandene Forderung ein Pfandrecht begründet hat. Ist dies richtig, so steht kein Hindernis im Wege, dem Kommittenten das Recht zuzugestehen, daß er auch den Verkauf nach Art. 311 bei der Exequierung seines Pfandes für zulässig erkläre. Denn die in diesem Artikel verlangten objektiven und subjektiven Voraussetzungen sind die gleichen, wie die des Art. 310, welcher für unsern Fall ausdrücklich als anwendbar erklärt ist, ja, dem gegenüber Art. 375 sogar eine Abschwächung enthält, insofern er auf jedwede schriftliche Übereinkunft verzichtet. Übrigens ist dieser Streit schon deshalb von geringer praktischer Tragweite, weil, selbst wenn man sich auf den Boden Goldschmidt's stellt, die Landesgesetze entscheiden, diese aber überwiegend zu demselben Ergebnisse führen, welches wir aus dem Handelsgesetzbuche abzuleiten gesucht haben. Nach gemeinem Rechte würde eine solche Vereinbarung unbeschränkt zulässig sein, ohne daß es auch nur einer schriftlichen Form bedürfte;[9]) nach preußischem Rechte müßte diese Form gefordert werden. Der „Entwurf“ § 1177 folgt dem gemeinen Rechte.

In Ermangelung einer anderen Vereinbarung hat also nach den obigen Ausführungen der Kommissionär nur das

---

[9]) Vgl. Entscheid. des Rohgr. Band 14 Nr. 62 bereits in Note 6 citiert.

Recht des Pfandverkaufs gemäß Art. 310, auch wenn er Eigentümer des Pfandes sein sollte, was bei der Einkaufskommission in sehr zahlreichen Fällen zutreffen wird. Hat er diese Bestimmung verletzt, so wird er zur Strafe immer nur verpflichtet sein, Schadenersatz zu leisten. Die Judikatur[10]) hat sich indessen überwiegend dahin ausgesprochen, daß eine Verletzung des Artikels 310 den Differenzanspruch des Kommissionärs aufhebt. Wir finden für diesen Standpunkt keinen Anhalt im Gesetze. Jedenfalls wird man ihn stets dann fallen lassen, wenn erhellt, daß durch Übertretung des Art. 310 dem Interesse des Kommittenten gedient wurde, weil sich etwa zufällig eine günstige Verkaufsgelegenheit bot, die bei vorheriger Befassung der Gerichte infolge der langen Verzögerung verloren gegangen wäre.[11]) Nur darin dürfte dem Reichsoberhandelsgerichte beizupflichten sein, daß man bei Verletzung des Art. 310 durch den Kommissionär nicht etwa von dem Kommittenten den Beweis des ihm zugegangenen Schadens verlangen darf. Vielmehr trifft im Einklang mit dem von diesem Gerichtshofe wiederholt betonten Grundsatze den Kommissionär der Beweis,[12]) wenn er behauptet, daß der Schaden des Kommittenten anders als im Sinne des Art. 363 zu berechnen sei.

Denkbar ist endlich, daß der Kommissionär ohne seine Schuld zur Verletzung des Art. 310 sich genötigt sieht. Es kann sich nämlich um einen Börsenauftrag handeln, bei welchem der Selbsteintritt ausdrücklich verboten war, andererseits aber der Kommissionär jede Barvorlage für seinen Kommittenten abgelehnt hatte. Nun kommt für Zeitgeschäfte an deutschen Börsen eine Üsance des Inhalts in Betracht, daß mit Ablauf eines oder mehrerer Tage nach dem Lieferungs-

[10]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 16 Nr. 33 S. 120.

[11]) Vgl. die Ausf. zu Art. 363.

[12]) Vgl. Band 19 S. 103 und die dort angeführten Erkenntnisse.

termine dem säumigen Käufer gegenüber der Zwangsverkauf stattfindet. Unterliegt im einzelnen Falle der Kommissionär dieser Norm, weil ihm vom Kommittenten trotz seiner Vorstellung die erforderliche Deckung nicht zugängig gemacht wurde, so muß zweifellos auch der Kommittent sie gegen sich gelten lassen und er kann aus der Verletzung des Art. 310 keinen Widerspruch erheben.

Verfehlt sind in dieser Hinsicht die Ausführungen des Reichsoberhandelsgerichts,[13]) dem gegenüber sich der Kommissionär im vorwürfigen Falle allerdings irrtümlich auf Art. 311 statt auf Art. 357 berufen zu haben scheint. Doch ist es Pflicht des Gerichtes, das Recht zu kennen. Eine Rechtsunkenntnis aber verraten die folgenden Ausführungen: „Bestände auch[14]) an der Berliner Börse ein Brauch, wonach der Kommissionär eingekaufte Börsenpapiere beim Verzuge des Kommittenten für Rechnung des Letzteren einfach durch einen Mäkler an der Börse verkaufen lasse, und dürfte man annehmen, daß der Beklagte diesen Brauch gekannt (?) und sich ihm durch die der Klägerin mündlich erteilte Einkaufskommission stillschweigend unterworfen habe, so würde der Mangel der Schriftlichkeit dieser Unterwerfung ihn dennoch gegen den außergerichtlichen Verkauf schützen." Steht es einmal zweifellos fest, daß das Handelsgesetzbuch den Börsenverkehr nicht regelt, im Art. 1 aber dessen Bräuche ausdrücklich sanktioniert, so darf die Anwendung eben dieser Bräuche nicht durch willkürliche Forderungen illusorisch gemacht werden. Denn es kann wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß durch Art. 375 Verträge, wie der unsrige, nämlich Fixkäufe nicht getroffen werden sollten. — Daß in dem dem Gerichtshof vorgelegenen Falle eine Kreditgewährung nicht beabsichtigt war, ist unbestreitbar. Dann

---

[13]) Vgl. die citierte Entscheidung Band 16 Nr. 34.

[14]) a. a. O. S. 125.

aber versteht es sich von selbst, daß der Kommittent seinen Bankier rechtzeitig mit „Anschaffung" versehen mußte. Hatte der letztere seinem Kontrahenten die Aktien schon zuvor abgenommen, so war dies vielleicht ein Entgegenkommen gegen diesen, durch welches die Beurteilung unseres Rechtsverhältnisses keineswegs alteriert wird. In dem gegebenen Falle that er es übrigens offenbar nur zur Wahrung seines Geschäftskredites, weshalb sich der Kommittent zu seinen gunsten niemals darauf berufen durfte. — Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man ohne Anerkennung der Bestimmungen der Börsenordnung als rechtsverbindlicher Normen in unserem Falle schon von der Erwägung aus, daß der Kommissionär nach Art. 371 die Erstattung dessen verlangen kann, was er notwendig oder nützlich aufwenden mußte.[15]) Unmöglich läßt sich nämlich in Abrede stellen, daß er seinerseits sich jener Börsenüsance behufs Ausführung der Kommission unterzuordnen hatte. Übrigens leidet dieses Erkenntnis noch an einem weiteren bedauerlichen Fehler hinsichtlich der Verkennung des Selbstkontrahierungsrechtes,[16]) worauf wir jedoch in diesem Zusammenhange noch nicht eingehen können.

Es fragt sich schließlich, ob das Verkaufsrecht des Art. 375 davon abhängig sei, daß das vom Kommittenten gesetzte Limito nicht verletzt werde. Wir finden für die Bejahung im Gesetzbuche keinen Anhalt, meinen auch, daß ihr das Wesen unseres Verkaufsrechtes, welches dem Kommissionär gegenüber dem Saumsal des Kommittenten einen Schutz gewähren soll, entgegenstehe. Unrichtig scheint uns zwar die

---

[15]) Hiermit ist deutlich dem Grundsatze Ausdruck gegeben, daß der Kommittent sich denjenigen Bedingungen zu unterwerfen genötigt ist, denen auch der Kommissionär behufs Ausführung des Auftrages sich unterziehen mußte. — Vgl. noch S. 106 ff.

[16]) Bei Vermeidung dieses Fehlers wäre der Gerichtshof zu unserem Resultate gelangt.

Behauptung Grünhut's,[17]) daß der vorsichtige Verkaufskommissionär eine Kommission mit einem Limito nur dann übernehme, wenn ihm gestattet würde, das Kommissionsgut nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes bestens zu verkaufen. Aber entscheidend ist, daß in der gegnerischen Rechtsauffassung eine Gefährdung des Verkehrs und ein Schutz des Verzuges liegt, dem der Gesetzgeber eben durch Art. 375 entgegenzutreten beabsichtigte.

Selbstverständlich wird der Bestand des gesetzlichen Pfandrechtes und die Art seiner Exequierung durch den Konkurs[18]) des Kommittenten in keiner Weise berührt.

§ 17. 2) Das Recht des Kommissionärs auf Erstattung notwendiger oder nützlicher Aufwendungen.

Schon früher ist hervorgehoben worden, daß alle Vorteile, die sich selbst gegen das Erwarten des Mandanten zu dessen gunsten bei Ausführung des Auftrages ergeben, auch wenn sie der Kommissionär nur durch besondere Bemühungen erzielte, voll und ganz dem Kommittenten zukommen. Und in der That ist dieser Standpunkt schon um deswillen gerechtfertigt, weil ja im Hinblick auf die *Person des Kommissionärs* der Kommittent den von ihm selbst zumeist nicht ausführbaren Auftrag erteilt hat.

Ein notwendiges Korrelat dieses im Art. 372 ausgesprochenen Prinzips ist nun aber der im Art. 371 aufgestellte Grundsatz, nach welchem es dem Kommittenten zur Pflicht gemacht wird, den Beauftragten für notwendige und nützliche Auslagen zu entschädigen. Der Gesetzgeber selbst hat es, um Zweifeln vorzubeugen, für gut befunden, einige Fälle aufzuzählen, in welchen dem Kommissionär stets gestattet sein soll, Ersatz seines Aufwandes zu fordern. Genannt wird die

---

[17]) A. a. O. S. 308 unten.

[18]) Vgl. Konkursordnung für das deutsche Reich § 40.

Vergütung für die Benutzung der Lagerräume, der Transportmittel des Kommissionärs und der Arbeit seiner Leute. Es versteht sich von selbst, daß diese Entschädigungspflicht neben dem Anspruch auf Provision besteht. Nur dann wird ein besonderer Ersatz nicht gefordert werden dürfen, wenn bspw. der Dienst der Leute des Kommissionärs ein solcher ist, den er selbst behufs Begründung des Anspruches auf Provision hätte leisten müssen.

Wenn ihm Getreide zum Verkauf übersendet wurde, so wird er also befugt sein. für die zur Unterbringung desselben benützten Speicherräume eine den üblichen Sätzen entsprechende Geldentschädigung zu verlangen. Benutzte er dazu fremde Räume, so wird er seine mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gemachte Aufwendung ersetzt erhalten. War es notwendig, das Getreide, um es in gutem Zustande zu erhalten, zu schäufeln, so bildet die Bezahlung der dabei verwendeten Arbeitskräfte eine notwendige Auslage.[1])

Die Entschädigungspflicht des Kommittenten besteht weiter nach dem Wortlaut des Gesetzes gegenüber „den baren Auslagen", und hier ist vornehmlich an die Leistungen des Kommissionärs bei übernommener Einkaufskommission zu denken. Das Wort „bar" hat der Gesetzgeber mit gutem Grunde aufgenommen, wenngleich man es nicht allzu sehr betonen darf. Der Anspruch des Kommissionärs auf Rückerstattung in bar ist nämlich noch nicht in dem Augenblick begründet, da er etwa durch Wechselzeichnung gegen den Verkäufer eine Verpflichtung eingegangen ist. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob zwischen dem Kommittenten und Kommissionär eine Kreditgewährung festgesetzt war oder nicht. In beiden Fällen ist grundsätzlich daran festzuhalten, daß Zahlung vom Kom-

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 22 Nr. 19 S. 84, wo sogar die Kosten eines überseeischen Telegrammes gebilligt werden.

mittenten nicht verlangt werden könne. — Gleichwohl ist die Lage des Kommissionärs eine verschiedene, je nachdem er für den Kommittenten einen Kredit- oder einen Barkauf abzuschließen hatte. War nämlich die Vereinbarung getroffen, daß der Kauf „mit drei Monat Ziel" eingegangen werden sollte, so wird vor deren Ablauf ein Anspruch des Kommissionärs überhaupt nicht anzuerkennen sein. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, so kann der Kommissionär verlangen, daß der Kommittent ihn für die von ihm übernommene Verbindlichkeit sicher stelle. Er kann alsdann seine Klage darauf gründen, daß er zum Vollzuge des Geschäfts eine notwendige Aufwendung habe machen müssen, nicht aber darauf, daß er in bare Auslage getreten sei.[2])

Hat nun aber der Einkaufskommissionär eine Ware angeschafft, ohne daß die Kreditierung des Kaufpreises vereinbart war, vereinbart weder zwischen Kommittenten und Kommissionär, noch zwischen diesem und dem Drittkontrahenten, so darf er Zahlung sogleich nach Übergabe der Ware verlangen, gleichviel, ob er selbst an den dritten Kontrahenten gezahlt hat oder nicht. Denn, wenn dieser im Hinblick auf die Kreditwürdigkeit des Kommissionärs auf prompte Zahlung verzichtet, so kann der letztere unmöglich genötigt werden, ein gleiches Verhalten seinem Kommittenten gegenüber zu beobachten. Es genügt, daß der Kommissionär seinen Pflichten aus der Einkaufskommission nachgekommen ist, um den Anspruch gegen den Kommittenten zu begründen. Es darf nicht noch weiter gefordert werden, daß der Kommissionär bereits in bare Auslage getreten sei. Der Umstand, daß er infolge der Ausführung der Kommission eine fällige Verbindlichkeit einging, muß einer wirklichen baren Auslage in unserem Falle gleich erachtet werden. Man kann dagegen nicht einwenden, daß der Kommissionär mit Unrecht den Zins der Zwischenzeit

---

[2]) Zu diesem Resultat führt unbedingt auch Art. 372.

genieße, wenn er sofortige Zahlung verlange, selbst aber erst später den Kaufpreis erlege. Es kommt vielmehr entscheidend in Betracht, daß eine Schenkung[3]) des dritten Kontrahenten an den Kommissionär darin liegt, wenn er keine Zinsen für die fällige Forderung in Anspruch nimmt. Keineswegs aber gebietet der Wortlaut und die Exemplifikation des Art. 372 auch einen solchen Vorteil dem Kommittenten zu gute kommen zu lassen. Ein Recht des letzteren darauf, daß der Kommissionär für ihn in Auslage trete, ist im Gesetze nicht anerkannt und bei der Beratung desselben verworfen worden.[4])

Die vom Kommissionär als Auslage nach Art. 371 geltend zu machenden Ansprüche können nun auch solche sein, deren Entstehung sich auf einen Zufall zurückführt.

Wir erinnern bspw. an den berühmten Telegraphenfall. Selbstverständlich ist es, daß der Kommittent, welcher einen telegraphischen Auftrag erteilte, für den verstümmelten Inhalt der Depesche aufkommen muß. Limitierte er also einen Kreditaktienkauf zu 220, während die Depesche bei Ankunft 230 sagte, so wird von ihm der Schaden zu tragen sein, welcher aus dem Ankauf zum höheren Kurse erwuchs.[5]) Nur selten wird der Einwand zutreffen, daß der Kommissionär bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu der Einsicht gelangen mußte, daß der Inhalt des Telegrammes unrichtig oder wenigstens nochmalige Nachfrage geboten war.[6])

---

[3]) Daß eine solche wirklich vorliegt, ergiebt sich deutlich aus Art. 289.

[4]) Vgl. Lutz Protokolle S. 719 f. und 747 ff.

[5]) Bekanntlich lehnt die Telegraphenverwaltung grundsätzlich jede Verantwortung ab.

[6]) Vgl. über diese interessante Frage gegen § 101 des „Entwurfes" und gegen Bähr Krit. Vjschr. f. Gesg. und Rechtsw. Bd. 30 S. 334 ff. meine Ausf. in Grünhut's Zeitschr. für privates und öffentl. Recht Bd. 17 S. 158 f.

Schwieriger schon ist der Fall dann gelagert, wenn der Schaden durch eine Depesche des Kommissionärs entstand. Man setze folgenden Fall: An einem Provinzplatze gab der Kommittent A seinem Bankier B den Auftrag, für ihn 1000 £ Egypter an der Frankfurter Börse kaufen zu lassen. Er bemerkte zwar ausdrücklich, der Kommissionär solle an heutiger Börse kaufen, erwähnte jedoch nicht, daß der Auftrag telegraphisch ausgeführt werden müsse. Nun liegt es aber auf der Hand, daß auf anderem als telegraphischem Wege dieser Auftrag am nämlichen Tage nicht mehr nach Frankfurt übermittelt werden konnte. Der Kommissionär war also zur Benutzung des Telegraphen offenbar gezwungen. Er hätte sich einer Auftragsverletzung schuldig gemacht, wenn er, statt zu depeschieren, geschrieben hätte. Durch ein Versehen des Telegraphenbeamten lautete die in Frankfurt angekommene Depesche „Kaufet 2000 £ Egypter". Die Kommission wurde nach diesem Wortlaut ausgeführt, und es ergab sich alsdann bei dem nach Aufklärung des Irrtums angeordneten Verkaufe ein Verlust von ca. 300 Mark. Diesen Verlust wird offenbar der Kommittent zu tragen haben. Denn dem Kommissionär konnte er nicht erwachsen, ohne daß ihm die in Rede stehende Kommission zu teil geworden wäre. Der Kommissionär, welcher bei der Ausrichtung des Auftrages mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verfährt, darf infolge dieser Ausführung keinen Nachteil erleiden, so wenig ihm daraus ein anderer Vorteil erwachsen darf, als die vereinbarte oder üsancemäßige Provision.[7])

---

[7]) Dies ist die Kehrseite der Medaille, deren Vorderseite wir in dem Art. 372 sahen, welcher freilich den Kaufleuten vielfach ungerecht erscheint. Einen anderen Fall siehe in den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 23 Nr. 38. Hier war der Kommittent durch höhere Gewalt an der Vertragserfüllung gehindert. Gleichwohl mußte er dem Kommissionär den aus dieser Unterlassung entstandenen Schaden ersetzen. — Vgl. ferner Band 21 Nr. 100. Hier war der Verkaufskommissionär

Es bedurfte im Art. 371 im Hinblick auf Abs. 2 des Art. 290 keiner nochmaligen Erwähnung, daß der Kommissionär befugt sei, von seinen „Darlehen und Vorschüssen" Zinsen in Ansatz zu bringen. — Wichtig ist diese Bestimmung für die Verkaufskommission, bei der es sehr häufig vorkommt, daß nach Empfang der zu verkaufenden Ware der Kommissionär einen Teil des erzielbaren Preises vorschießt in der Absicht, nach vollzogenem Verkaufe den Rest zu verrechnen und auszugleichen. Eine Rückforderung der Vorleistung mit der Darlehnsklage ist nach dem Willen der Parteien ausgeschlossen.[8]) Die dem Kommissionär zustehende Klage ist vielmehr allein die Klage aus dem geschlossenen Kommissionsvertrage. Sollte sich die Ware nicht verkaufen lassen, so kann er unter Berufung hierauf gegen Rückgabe derselben die Wiedererstattung des Darlehns verlangen. Ist sie verkäuflich, so hat er den erzielten Preis zur Aufrechnung zu verwerten und den überschüssigen Rest, soweit ein solcher vorhanden ist, herauszugeben.

§ 18. 3) Der Anspruch des Kommissionärs auf die Provision.

Während es bei dem römisch-rechtlichen Mandate Regel ist, daß dasselbe unentgeltlich verrichtet wird, stellt das Handelsgesetzbuch das entgegengesetzte Prinzip auf, das Prinzip der Entgeltlichkeit. Das entspricht dem Wesen des Handels, welcher für seine gewerbemäßige Thätigkeit stets auf eine Entschädigung angewiesen ist. Die gleiche Auffassung kommt be-

wegen Mangelhaftigkeit der verkauften Ware verurteilt worden. Der Kommittent mußte das Urteil auch gegen sich gelten lassen, da der Kommissionär bei der Prozeßführung als ordentlicher Kaufmann gehandelt hatte. Es erschien dabei gleichgültig, ob das Urteil (der ausländischen Gerichte) gerecht oder ungerecht war. — Über die Stellung des „Entwurfes" vgl. Mot. Band II S. 541.

[8]) Vgl. Entscheid. des Rohgr. Band 10 Nr. 41 sub. 4.

reits im Art. 290 zum Ausdruck, wo es heißt: „Ein Kaufmann, welcher in Ausübung des Handelsgewerbes einem Kaufmanne oder Nichtkaufmanne Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne vorherige Verabredung Provision und, wenn es sich um Aufbewahrung handelt, zugleich auch Lagergeld nach den an dem Orte gewöhnlichen Sätzen fordern.“ Dem gegenüber enthält offenbar Art. 371 Absatz 2 eine Einschränkung, wenn er sagt: „Der Kommissionär hat die Provision[1]) zu fordern, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Für Geschäfte, welche nicht zur Ausführung gekommen sind, kann eine Provision nicht gefordert werden.“[2])

In der That hat schon vor Erlaß des Handelsgesetzbuches Goldschmidt[3]) und neuerdings Rießer[4]) die Ansicht vertreten, es solle an den Abschluß des Geschäftes das Recht auf die Provision geknüpft werden. Indessen sind wir der Meinung, daß der gegenwärtige Rechtszustand der Auffassung der Geschäftswelt und den thatsächlichen Bedürfnissen am besten entspricht. Das Geschäft wird entschieden solider, und der Kommissionär wird es mit seiner Aufgabe ernster nehmen, wenn er nicht schon für den bloßen Abschluß des von ihm vermittelten Kaufvertrages seine Provision fordern darf, sondern der Regel nach[5]) erst, nachdem der dritte Kontrahent seiner Verpflichtung nachgekommen ist. Er wird alsdann darauf bedacht sein, nur mit solchen Personen abzuschließen, deren Solvenz und Fähigkeit, den Vertragspflichten zu entsprechen, er unbedingt vertrauen kann.

---

[1]) Gemeint ist sowohl die vereinbarte als die ortsübliche. Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 16 Nr. 94 S. 378. — Eine entgegenstehende Vereinbarung hebt natürlich die Satzung auf.

[2]) Über den „Entwurf“ vgl. § 596.

[3]) Beilageheft zur Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Band 3 S. 104.

[4]) Beilageheft zur obigen Zeitschrift, Band 33 S. 82.

[5]) Die Ausnahme ist in der folgenden Anm. erwähnt.

Mit Unrecht hat man ferner behauptet, daß der Ausdruck „Ausführung des Geschäftes“ der juristischen Genauigkeit entbehre. Hält man daran fest, daß der Gesetzgeber nur die Ein- und Verkaufskommission berücksichtigt, so wird es nicht schwer fallen, den Begriff der Ausführung mit der erforderlichen Sicherheit festzustellen. Ist der Kommissionär mit dem Einkaufe beauftragt und etwas Besonderes unter den Parteien nicht verabredet, so wird er seinen Anspruch auf die Provision erst dann geltend machen dürfen, wenn er in der Lage ist, die eingekaufte Ware abzuliefern oder abliefern zu lassen. — Bezog sich die Kommission auf einen Verkauf, so ist die Provision in dem Augenblick verdient, in welchem der Drittkontrahent seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nachkommt.[6])

Aus dem Gesagten ergiebt sich weiter, daß das Recht des Kommissionärs auf die Provision nicht dadurch erlischt, daß der Kommittent die Vertragstreue verletzt. Hat dieser einen Verkaufsauftrag gegeben und ist er alsdann mit der Lieferung der Ware säumig, so wird er auf Grund dessen niemals dem Provisionsanspruche entgehen.

Diese Anschauung wurde in einem interessanten Falle vertreten, welcher der Beurteilung des Reichsoberhandelsgerichtes unterlag. Der Kommittent hatte die Qualität der Ware durch Einsendung einer Probe bestimmt, der Kommissionär auf seine Provision verzichtet, als Entschädigung aber Gewinnbeteiligung beansprucht. Die Ware fiel nicht probemäßig aus und mußte mit Verlust veräußert werden. Hier sollte gleichwohl der Kommissionär einen Anspruch auf die orts-

---

[6]) Hierbei wird vorausgesetzt, daß eine Kreditgewährung nicht in der Absicht der Parteien lag. Andernfalls würde das Recht auf die Provision schon mit der Abtretung der Forderung begründet sein. Doch pflegt in diesen Fällen der Kommissionär vielfach Delkredere zu stehen, weshalb er um so mehr Mühe darauf verwenden wird, einen solventen Kontrahenten ausfindig zu machen.

übliche Provision haben, da ohne seine Schuld und lediglich durch die Unachtsamkeit des Kommittenten der unglückliche Ausfall des Geschäftes herbeigeführt worden war.[7])

Selbst wenn es notwendig wird, das Gut im Wege öffentlicher Versteigerung loszuschlagen, soll nach einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts der Anspruch auf die Provision begründet sein.[8])

Hingegen steht es dem Kommittenten frei, bis zum Abschluß des Kaufvertrages den Provisionsanspruch des Kommissionärs durch Widerruf der Kommission zu vereiteln. Ja, selbst im Falle eines Widerrufes nach Abschluß, aber vor Ausführung des Kaufvertrages ist der Kommissionär verpflichtet, das Interesse des Kommittenten möglicherweise sogar durch Rückgängigmachung des abgeschlossenen Kaufvertrages mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu vertreten, ohne sich dabei durch irgend welche Rücksichten auf seine Provision beeinflussen zu lassen.[9])

Es erscheint billig, auch in einem solchen Falle dem Kommissionär die Möglichkeit eines Provisionsbezuges zu eröffnen, und in der That ist dies vom Gesetzgeber anerkannt worden. Er sanktioniert nämlich am Schlusse des Art. 371 den Anspruch auf die Auslieferungsprovision, soweit eine solche ortsgebräuchlich ist.

Das Recht auf Auslieferungsprovision ist namentlich dann begründet, wenn der Kommittent im Falle einer Verkaufskommission den Auftrag widerruft, nach Lage des Falles aber anzunehmen ist, daß der Verkauf hätte ausgeführt werden können, sofern der Widerruf nicht erfolgt wäre. Auch pflegt ein derartiger Anspruch anerkannt zu werden,

[7]) Vgl. Entscheidungen Band 22 Nr. 19.

[8]) Vgl. Entscheidungen Band 10 Nr. 41 sub 5.

[9]) Vgl. Entscheidungen Band 14 Nr. 135 S. 428. — Die Fälle zählen zu den Seltenheiten, weshalb diese Konsequenz geringe praktische Bedeutung hat.

wenn die Ausführung des Verkaufs wegen Mangelhaftigkeit der Ware unmöglich war, der Kommittent also selbst an der Erfolglosigkeit der Bemühungen des Kommissionärs Schuld trug und in ähnlichen Fällen.[10])

Die Höhe der Provision bemißt sich, sofern es an einer Vereinbarung fehlt, nach Ortsgebrauch.[11])

Wir bemerkten im Eingang, es bilde die Regel, daß der Kommissionär gegen Zahlung einer Provision seine Vermittlerthätigkeit entfalte. Doch fehlt es auch hier nicht an Ausnahmen. So giebt es an Börsenplätzen viele Bankiers, welche ihren Berufsgenossen in der Provinz Börsenaufträge gegen Zahlung der bloßen Kourtage (Mäklergebühr) ausrichten. In der That sind diese Börsenbankiers trotzdem Kommissionäre. Der Vorteil, welchen sie verfolgen, ist der Gewinn der Kourtage selbst in den zahlreichen Fällen, wo zwei verschiedene Klienten der eine zum Ankauf, der andere zum Verkaufe des nämlichen Wertpapieres Auftrag erteilt haben.[12])

Stand der Kommissionär für die Erfüllung des Drittkontrahenten Delkredere, so kann er überdies die Delkredereprovision verlangen. Wir sind der Meinung, daß diese auch dann verdient ist, wenn der Kommissionär im einzelnen Falle kein Risiko bei seiner Bürgschaft übernahm. Stets wird es ja sein Bestreben sein, einen solchen Abschluß zu suchen, gerade weil er für die Kreditwürdigkeit des Drittkontrahenten aufzukommen hat. Ist es ihm gelungen, einen Kauf Zug um Zug abzuschließen, so hat er deshalb dem Interesse seines Auftraggebers nicht minder gedient, der ihm eine besondere Entlohnung nach der Verkehrsanschauung dafür in Aussicht

---

[10]) Vg. Grünhut a. a. O. S. 425 ff.

[11]) Die Auslieferungsprovision beträgt meist die Hälfte der gewöhnlichen.

[12]) Die Zulässigkeit der Berechnung einer Provision auf beiden Seiten anerkennt auch das Reichsoberhandelsgericht Band 7 Nr. 23 S. 91. Über den „Entwurf“ vgl. Mot. Band 2 S. 514 f.

stellte, daß er ihn selbst für die von dem Drittkontrahenten geschuldete Leistung in Anspruch nehmen darf. Dieses Recht wurde ihm nicht verkümmert, und er ist dafür zur Entschädigung verpflichtet.

§ 19. 4) Das Recht der Substitution.
a) Die gewöhnlichen Fälle.

Der Gesetzgeber hat die Frage übergangen,[1]) ob und wann der mit Abschließung eines Geschäfts beauftragte Kommissionär befugt sei, einen andern an seiner Stelle thätig werden zu lassen. In der That war dieses Schweigen berechtigt, da als oberste Maxime der Satz aufgestellt wurde, der Kommissionär habe mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die ihm zu teil gewordene Kommission gemäß dem Auftrage zur Ausführung zu bringen. Ließ er sich durch einen Dritten vertreten, so trifft ihn hierfür die Verantwortung stets dann, wenn er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes dies hätte unterlassen müssen, wenn insbesondere aus dem Inhalt der Kommission hervorging, daß man auf ihn selbst, auf seine persönlichen Fähigkeiten bei Ausführung der Kommission rechnete.

Hat einer von den Leuten des Kommissionärs, denen dieser die Ausführung übertrug, einen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes unverträglichen Fehler begangen, so haftet der Kommissionär stets, auch wenn ihm der Vorwurf sorgloser Auswahl nicht gemacht werden kann.[2]) Es entspricht unzweifelhaft der Verkehrsanschauung, daß im Kommissionsgeschäfte der Kommissionär die Fehler der für ihn thätigen Angestellten wie die Seinigen zu vertreten habe.

Zeigt sich in Fällen, in welchen der Kommittent eine Substitution stillschweigend oder ausdrücklich ausgeschlos-

[1]) Ueber den „Entwurf" vgl. § 589.

[2]) Siehe auch den „Entwurf" § 224 Abs. 2 und dazu „Annalen" 1890. S. 39 f.

sen hatte, für den Kommissionär bezw. für dessen Erben gleichwohl etwa wegen Krankheit oder eingetretenen Todes die Notwendigkeit, einen Dritten zu substituieren, so macht er sich verantwortlich, wenn er nicht zuvor den Kommittenten davon benachrichtigt und dessen Instruktionen abwartet, vorausgesetzt, daß durch diese Verzögerung das Interesse des Auftraggebers keine Gefährdung erleidet. Andernfalls hat der Kommissionär nach eigenem Dafürhalten die Substitution mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuordnen und den Kommittenten davon in Kenntnis zu setzen. Eine Provision kommt alsdann nur dem Substituten, nicht zugleich dem Kommissionär zu, der auch für die Fehler seines Vertreters nicht zu haften braucht.

Im Zweifel wird es sich wohl empfehlen, gegen das Recht auf Substitution zu entscheiden. Denn in weitaus den meisten Fällen beabsichtigen die Kommittenten, daß der Auftrag durch den Kommissionär selbst zur Ausführung gelangen solle.

Ergiebt sich nun aber aus dem Inhalt der Kommission, daß der Kommissionär einen Dritten mit der Ausführung des Auftrages zu betrauen habe, etwa weil das Geschäft an dem vom Wohnorte des Kommissionärs entfernten Börsenplatze eingegangen werden soll, so ist er zu einer Substitution nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Solchen Falles wird, wofern nicht seitens der Parteien eine andere Willensmeinung zum Ausdruck gebracht wurde, der Kommissionär nur dafür haftbar gemacht werden können, daß er bei der Wahl des Substituten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verfuhr, während darüber hinaus etwaige durch Schuld des Dritten entstandene Nachteile von dem Kommittenten zu tragen sind.[3])

---

[3]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 11. Nr. 49 S. 147.

Es versteht sich von selbst, daß der Kommittent einen Ersatzanspruch gegen den Substituten gewinnt, aber erst, nachdem ihm die Klage des Kommissionärs gegen denselben abgetreten wurde. Denn es ist fast ausnahmslose Regel, daß Substitutionen von den Kommissionären im eigenen Namen vorgenommen werden. Die Abtretung der Klage kann natürlich im Rechtswege erzwungen werden.

Bekanntlich giebt es eine ganze Gruppe von Kommissionsverträgen, die sogenannten Konsignationen, bei welchen der Kommissionär zur Substituierung verpflichtet ist. Die Rechtsverhältnisse, welche sich hier ergeben, sollen in dem nächsten Paragraphen ins Auge gefaßt werden.

Wie sich das Verhältnis insbesondere dann gestaltet, wenn der Fall des Selbsteintritts (Art. 376) gegeben ist, muß den späteren Ausführungen vorbehalten werden.

Wir bemerkten schon bei der ersten Erwähnung des Rechtes auf die Substitution, daß dasselbe für den Kommissionär von großem Werte sei. Diese Behauptung bestätigt sich durch folgende Erwägung. Der Kommissionär erhält in den Fällen, wo er zu einer Substituierung durch den Inhalt des Auftrages berechtigt ist, also bspw. der Bankier der Provinz bei Börsenaufträgen, seine Provision schon für die bloße Substituierung, bei der er allerdings gehalten ist, die Auswahl mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu treffen. Selbstverständlich ist auch diese Provision erst dann verdient, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist.

§ 20. b) Die Konsignation.

Der Ausdruck Waren „in Konsignation geben“ wird im Handelsverkehr in sehr verschiedenem Sinne gebraucht. Er kommt vor sowohl im inländischen Kommissionsgeschäfte, als auch bei ausländischen, namentlich bei überseeischen Kommissionen. Im ersten Fall bietet die Konsignation rechtlich kein beson-

deres Interesse, da die Abweichungen von der regulären Kommission völlig in den Hintergrund treten. In der Regel wird durch die verschiedene Bezeichnung nur zum Ausdruck gebracht, daß der Kommittent auch mit einem successiven Absatz der übersandten Werte einverstanden sei. So findet es sich vielfach, daß Hypothekenbanken ihre Pfandbriefe den mit ihnen verkehrenden Bankiers in „Konsignation" geben. Der Bankier setzt dieselben alsdann in seiner Kundschaft ab und ist infolge der ihm von der Bank bewilligten Provision in der Lage, sie zum Tageskurse zu veräußern.

Eine andere Bedeutung hat die überseeische Konsignation, welche zur Anwendung kommt, wenn ein inländischer Fabrikant oder Zwischenhändler Produkte im Auslande abzusetzen sucht. Zu diesem Zwecke sieht er sich vielfach zur Wahl einer Mittelsperson im Inlande genötigt, welche ihrerseits wiederum an den ausländischen Plätzen zuverlässige Vertreter besitzt. Hier begegnen uns statt des einen Kommissionärs zwei sog. Konsignatäre, nämlich ein inländischer und ein auswärtiger. Wir haben soeben in der Lehre von der Substitution uns davon überzeugt, daß ähnliche Fälle auch im inländischen Kommissionsverkehre vorkommen. Indessen bleibt der wesentliche ökonomische Unterschied der räumlichen Getrenntheit des Ortes der erteilten Kommission von dem Platze der Ausführung nicht ohne Einfluß auf die Beurteilung des Rechtsverhältnisses. Auf den ersten Blick leuchtet ein, daß die Befugnisse des Kommissionärs im Auslande umfassendere sein müssen, als in den gewöhnlichen Fällen. Die Ware hat hier einen weiten Weg zurückgelegt; die Auslagen, die dadurch entstanden sind, haben den Preis für den Verkauf gegenüber dem inländischen Marktwerte erheblich verteuert. Dazu sind vielleicht noch hohe Zölle getreten. Kurz, es wird nach der einmal bewirkten Beförderung des Gutes ins Ausland schwerlich davon die Rede sein können, daß man es wegen ungünstiger Lage des

Marktes unverkauft läßt oder gar zurücksendet. Es kommt ferner in Betracht, daß Unterhandlungen über den Losschlag der Ware häufig wegen des großen Zeitverlustes unmöglich sind, da gerade hier vielfach schleuniges Handeln notwendig wird.[1]) Aus alledem ergiebt sich, daß die Befugnisse des Kommissionärs weitgehende sein müssen, ja daß es dem Interesse des Kommittenten selbst widerstreiten würde, dem Limito auch hier stets eine bindende Kraft beizulegen.[2]) Die Rechtssätze über die kaufmännische Kommission müssen vielmehr insoweit außer Anwendung treten, als dies durch die besondere Beschaffenheit der überseeischen Konsignation geboten ist.

Eigenartig ist, wie übrigens bereits bei der Substitution angedeutet, die Rechtslage des inländischen Konsignatärs. Nach dem übereinstimmenden Parteiwillen soll er einen geeigneten Substituten im Auslande ausfindig machen. Bei der Schwierigkeit dieser Aufgabe wird man ihn niemals schon deshalb verantwortlich machen können, weil der Gewählte dem Auftrage nicht gewachsen oder weil er nicht solvent ist. Nur dann wird ihn vielmehr eine Haftung treffen, wenn er sich bei der Wahl einen Fehlgriff zu schulden kommen ließ. Der inländische Konsignatär hat übrigens die Stelle eines Exportkommissionärs, wie in der Judikatur des Reichsoberhandelsgerichtes mit Recht betont worden ist.[3]) Es obliegen ihm hiernach die Pflichten eines Spediteurs und

---

[1]) Auf diese Weise ist es leicht erklärlich, daß bei der überseeischen Konsignation der auswärtige Konsignatär zumeist mit dem Kommittenten in direkte Verbindung und Unterhandlungen tritt, woraus jedoch keineswegs eine Aenderung des Rechtsverhältnisses folgt. Gleichwohl hat, wie wir alsbald sehen werden, das deutsche Reichsgericht aus dieser Verkehrssitte sehr wichtige Folgerungen gezogen.

[2]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 8 Nr. 28. Der Zusatz „netto ab hier" zum Preisansatze kann bei der überseeischen Konsignation nicht als ein bindendes Limito angesehen werden.

[3]) In der Entscheidung der Anm. 2.

weiter die Aufgabe sorgfältiger Übermittlung des ihm erteilten Auftrages an den überseeischen Kommissionär. — Dem Konsignanten hat er die nötigen Mitteilungen zu erstatten und Rechenschaft über das ihm aufgetragene Geschäft zu leisten. Insbesondere dann, wenn von seinem überseeischen Hause ungünstige Resultate erzielt wurden, wird er von diesem „Justifikation" zu fordern und seinen Klienten von derselben in Kenntnis zu setzen haben.

Ergiebt sich nun, daß der ausländische Kommissionär unachtsam oder gar betrügerisch bei Ausführung der Kommission verfuhr, so wird es sich zunächst darum handeln, ob etwa der Konsignant mit der Wahl des auswärtigen Hauses sich einverstanden erklärte. Ist dies weder ausdrücklich noch stillschweigend etwa in der Art geschehen, daß er mit der Besorgung seiner Geschäfte durch das auch jetzt thätig gewordene Haus in früheren Fällen sich zufrieden gezeigt hat, so wird es, wie gesagt, nur darauf ankommen können, ob der inländische Konsignatär bei der Substitution mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verfuhr. Ist dies der Fall, so kann der Auftraggeber von dem inländischen Kommissionär lediglich die Abtretung der Klage gegen das auswärtige Haus verlangen und mit der abgetretenen Klage gegen das letztere vorgehen.[4])

Auf diesem Boden bewegte sich die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes, welchem das Reichsgericht ebenfalls beitrat. Nur vermißt man bei dem letzteren in der Würdigung des Verhältnisses zwischen dem Konsignanten und dem auswärtigen Kommissionär die erforderliche Klarheit.

Während das Reichsoberhandelsgericht in seinen Entscheidungen stets daran festhielt, daß der inländische Auftraggeber eine Klage bloß gegen den inländischen Konsignatär habe,

---

[4]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 22 Nr. 19.

gegen den ausländischen also erst durch Zession einen Klagetitel gewinne,[5]) hat das deutsche Reichsgericht ein direktes Klagrecht gegen den Konsignatär des Auslandes anerkannt. Der japanische Konsignatär war mit dem Auftraggeber in direkte Verhandlungen getreten. Bei dieser Gelegenheit hatte er das Hamburger Haus, den inländischen Kommissionär, als „unser Haus" bezeichnet, der Kommittent aber deutlich zu erkennen gegeben, daß er nur mit dem Hamburger Hause in einem Rechtsverhältnisse stehen wolle, daß er insbesondere den „Remburs" nur von diesem erwarte. Inzwischen geriet das Hamburger Haus in Konkurs, was den Kommittenten veranlaßte, nunmehr gegen das japanische Haus eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises einzuleiten. Das Reichsgericht leistete derselben wirklich Folge, indem es offenbar von der Auffassung ausging, daß das japanische Haus durch seine direkte Korrespondenz mit dem Kommittenten und dadurch daß es sich mit dem Hamburger Haus identifizierte, Schuldner des Klägers geworden sei. Unmöglich ist aber diese Deduktion zu billigen. Aus dem in dem reichsgerichtlichen Erkenntnisse mitgeteilten thatsächlichen Material geht deutlich hervor, daß der Kommittent das Hamburger Haus als seinen Schuldner betrachtete, nur von diesem also Zahlung des aus dem Verkauf der konsignierten Waren erlösten Preises erwartete. Damit hatte er zu erkennen gegeben, daß er die Abrechnung zwischen dem japanischen und hamburger Hause als einen Vorgang ansah, der die Grundlage seiner Liquidation zu bilden hatte.

---

[5]) Vgl. hierzu Voigt: Zur Lehre von der Einkaufskommission in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 25 S. 206. „Es ist ein unter den Verkehrsbeteiligten nicht bezweifeltes Naturale dieser Aufträge, daß der Kommittent nur mit dem Kommissionär in Betreff der vertragsmäßigen Erfüllung eines ausführbar gewesenen Einkaufsauftrages zu thun haben solle und wolle." Er hat hierbei den Kommissionsverkehr der großen deutschen Handelsplätze und der Handelsstaaten des Auslandes im Auge. — Im allgemeinen ist zu vergleichen Grünhut a. a. O. S. 329.

Der hamburger Kommissionär hatte nicht mehr zu entrichten, als er von seinem japanischen Hause erhielt, da ein Delkredere nicht vereinbart war. Mit dieser Sachlage aber ist es jedenfalls unverträglich, das Verhältnis zwischen dem hamburger und dem japanischen Kommissionshause, wie das Reichsgericht, als ein „gleichgültiges Internum" zu erklären. Hatte zwischen den beiden Kommissionshäusern eine Abrechnung stattgefunden, so war ein direktes Vorgehen des Kommittenten gegen den auswärtigen Konsignatär jedenfalls ausgeschlossen. Denn die nach Art. 368 Abs. 2 dem Konsignanten allerdings zustehende Forderung war durch Zahlung untergegangen. Die Entscheidung des Reichsgerichtes [6]) kommt also darauf hinaus, ohne jeden rechtlichen Grund dem ausländischen Konsignatär eine wiederholte Zahlung zuzumuten.

Viertes Kapitel.

Die sonstigen Rechtsverhältnisse bei Kommissionen.

§ 21. 1) Das Eigentum am Kommissionsgute und der Eigentumsübergang.

In der Nürnberger Konferenz zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches wurden auch die Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgute zum Gegenstand der Beratung gemacht, ohne daß man sich jedoch über den Erlaß einer gesetzlichen Bestimmung einigen konnte. [1])
Sohin ist die Entscheidung aller einschlägigen Fragen der

---

[6]) Vgl. Sammlung der Entscheidungen Band 5 Nr. 4 S. 11.

[1]) Vgl. Lutz Protokolle zum Handelsgesetzbuche S. 698 ff., 1196, 1443, 1454 und Grünhut „Recht des Kommissionshandels" Anmerkung zu § 42.

Wissenschaft und Praxis überlassen worden, welche sich dabei an die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes zu halten haben.

Für uns genügt es, bloß das gemeine Recht zu berücksichtigen.

Der Gegenstand scheint deshalb weniger verwickelt, weil nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches der Kommissionär im eigenen Namen kontrahiert, sohin bspw. beim Einkaufe selbst das Eigentum an der Ware erwirbt, den Kommittenten also erst seinerseits zum Eigentümer macht.[2]) Aber schon dann stoßen wir auf Schwierigkeiten, wenn wir uns über den Eigentumsübergang, d. h. über die Merkmale entscheiden sollen, aus welchen der letztere gefolgert werden kann.

Und noch mehr! Eine Frage, die häufig zu wenig beachtet wird, ist die, ob das Eigentum an der zu verkaufenden Ware auf den Kommissionär übergehe, wofern ihm zugleich mit dem Auftrage zum Verkaufe das Gut übermittelt wird. Auch hier schließt der Kommissionär im eigenen Namen ab, macht also den Käufer von sich aus zum Eigentümer. Dabei handelt er im Einverständnisse mit dem Auftraggeber, der ja den Abschluß im eigenem Namen vorschrieb.[3]) Sollte es nun wirklich die Willensmeinung des Kommittenten sein, den Kommissionär Eigentümer werden zu lassen, weil nach seiner Absicht der Kommissionär im eigenen Namen verkaufen und Eigentum übertragen, der Empfänger durch diese Tradition Eigentümer werden soll? Person und Name des Kommittenten, der abgesehen von dem Kommissionär allein als Eigentümer in Betracht käme, werden bei dem Abschlusse des Geschäftes mit keinem Worte erwähnt. Ginge in der That auf den Verkaufskommissionär schon mit Übersendung der Ware auch das Eigentum an derselben über, so würde

---

[2]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 16 Nr. 65 S. 269.

[3]) Vgl. Art. 360 Abs. 3.

die Konsequenz es erheischen, das Aussonderungsrecht[4]) des Kommittenten, in dem Falle, da der Kommissionär vor dem Verkaufe in Konkurs gerät, auszuschließen. Ein solches Resultat widerspricht jedoch schnurstracks der Verkehrsanschauung, und es wird mit Rücksicht darauf auch der Eigentumsübergang bei der Verkaufskommission zu prüfen sein.

Wenden wir zunächst der Einkaufskommission unser Augenmerk zu, so liegt es auf der Hand, daß der dritte Kontrahent nur die Absicht haben kann, den Kommissionär zum Eigentümer zu machen,[5]) dieser aber es zu werden. Grünhut[6]) hält hier eine Unterscheidung für geboten, nach welcher es darauf ankommen soll, ob das übergebene Gut eine „Species" [7]) oder ein „Genus" ist, ob eine individuell bezeichnete Sache oder eine nur nach Zahl, Maß bezw. Gewicht bestimmbare Gattungssache. Im ersten Falle, meint er, wird der Kommissionär im Zweifel für seinen Kommittenten zu erwerben beabsichtigen, im zweiten allerdings eher für sich, da hier Aufträge verschiedener Kommittenten auf das gleiche Genus vorliegen können, mit dem Ankaufe und der Inempfangnahme daher noch nicht klar gestellt worden ist, zu wessen gunsten und für wessen Rechnung sie geschehen.

Uns scheint diese Auffassung mit der Thatsache unvereinbar, daß der Kommissionär mit Willen des Kommittenten im eigenen Namen abschließt und die Ware tradiert erhält. Ferner ist es gewagt, den Eigentumsübergang durch eine bloße „Präsumtion" begründen zu wollen, ohne daß irgend ein zu-

---

[4]) So wirklich die russische Handelsordnung Art. 1780, vgl. Grünhut a. a. O. Note 2 zu § 42.

[5]) Dies sucht Grünhut S. 429 zu widerlegen. Vgl. dagegen Brinz Pandekten S. 521 (2. Aufl.)

[6]) a. a. O. S. 431 ff.

[7]) Bekanntlich kommen Käufe individuell bestimmter Sachen im Handel sehr selten vor.

verlässiges äußeres Merkmal[8]) vorliegt. Auch wird man schwerlich darthun können, daß der Kommittent schon zu der Zeit Eigentümer zu werden beabsichtigt, wo dem Kommissionär tradiert worden ist. Solchen Falles müßte der Kommissionär die Stellung eines Agenten oder Vertreters einnehmen. Thatsächlich aber ist er ein solcher Beauftragter, der Rechte und Pflichten aus dem abgeschlossenen Geschäfte für und gegen sich begründet. (Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 34 Nr. 323 und Entsch. des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 16 Nr. 60 S. 212.)

Sind sohin äußere Kennzeichen zu verlangen, aus denen der Eigentumserwerb des Kommittenten sich entnehmen läßt, so ist doch schon nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts anzuerkennen, daß diesem Erfordernisse nicht etwa einzig und allein durch die Tradition an den Kommittenten entsprochen werden kann. Es giebt auch eine Vertretung bei dem Erwerbe des Besitzes durch den früheren Eigentümer, ein sog. constitutum possessorium,[9]) vermöge dessen jemand ohne sein Zuthun, aber natürlich nicht gegen seinen Willen[10]) zum Eigentümer gemacht wird. Nur verlangt das römische Recht hierzu eine eigene causa, d. h. einen Grund, auf welchen der Kommissionär seine fortdauernde Innehabung (Detention)

---

[8]) Vgl. dagegen Savigny „Das Recht des Besitzes", 6. Auflage S. 37 wörtlich: „Ist eine ausdrückliche Erklärung vorhanden, daß der bisherige Besitzer nur noch fremden Besitz verwalten wolle, so hat die Sache keinen Zweifel. Außerdem ist ein Konstitutum nicht anzunehmen, außer insofern es als Folge anderer Handlungen betrachtet werden muß."

[9]) Vgl. Savigny a. a. S. 369. „Das Wort (constitutum possessorium) kommt bei den Römern nicht vor, wohl aber die Sache, und selbst wenn sie nicht besonders im römischen Recht genannt wäre, würde sie um nichts weniger gewiß sein." Vgl. aber auch Ihering „Der Besitzeswille" S. 210 ff. — „Entwurf" § 805.

[10]) Das Einverständnis des Erwerbers, hier des Kommittenten, wird mit Recht vermutet, sodaß sein Eigentum zur Entstehung gelangt, bevor er von dem Vorgange Kenntnis erhält, der es begründete.

trotz des bereits erloschenen (juristischen) Besitzes stützt. Eine solche causa ist in unserem Falle leicht zu finden. Entweder beruht die „Detention" darauf, daß der Kommissionär nunmehr Pfandgläubiger oder daß er Verwahrer ist.

Wir betonen jedoch wiederholt, daß der Wille des Kommissionärs, in Zukunft für seinen Auftraggeber zu besitzen, auch äußerlich in die Erscheinung getreten sein muß. Es ist für den Besitzesübergang zum mindesten eine schlüssige Handlung des Kommissionärs erforderlich, und es wird Frage des einzelnen Falles sein,[11]) ob sich in derselben genügende Anhaltspunkte für das vom Kommittenten behauptete Eigentum wahrnehmen lassen.

Hat der Kommissionär bspw. für seinen Auftraggeber Wertpapiere gekauft, so wird, gleichviel ob ihm dieselben bezahlt wurden oder nicht, aus der Bemerkung „Ich habe die Stücke in ihr Depot gelegt" noch keine Gewißheit für den Übergang des Eigentums zu entnehmen sein. Denn mit dieser kaufmännischen Ausdrucksweise ist durchaus nicht gesagt, daß der Kommissionär nunmehr als „Depositar" betrachtet werden wolle. Vielmehr bedeutet jene Mitteilung nur, daß Papiere der in Frage stehenden Gattung zur Verfügung des Kommittenten gehalten werden, ohne daß zum Ausdruck gebracht wird, man wolle dem Auftraggeber ein Recht auf bestimmte Stücke einräumen. Der Kommissionär hält sich bei einer solchen Anzeige absichtlich „freie Hand",[12]) um an die Stelle der wirklich gekauften Stücke andere zu setzen, sofern dies für den Geschäftsbetrieb dienlich erscheint. Hier ist und bleibt der Kommissionär Eigentümer der gekauften

---

[11]) Vgl. Randa, „Der Besitz" S. 472 und Entscheid. des Reichsoberhandelsgerichts Band 19 Nr. 24 S. 80.

[12]) Als unbegründet muß deshalb die Bemerkung des Reichsoberhandelsgerichtes Band 11 Nr. 4 S. 12 zurückgewiesen werden, wonach der Kommissionär zwar das Eigentum erwerbe, dem Kommittenten gegenüber aber nur das Pfandrecht wirksam sei.

Effekten; sie gehören in sein Vermögen, insolange nicht eine entgegenstehende Vereinbarung getroffen ist.[13])

Andererseits darf man nicht aus dem Auge verlieren daß beim „constitutum possessorium" das Eigentum kraft einseitigen Willensaktes[14]) übergeht. Es wird also auch eine Handlung dafür hinreichen, von welcher der Kommittent keine Kenntnis erhalten hat. Dahin rechnen wir die Eintragung der Nummern gekaufter Wertpapiere in die Handelsbücher,[15]) sofern natürlich diese Eintragung auf dem Konto des Kommittenten erfolgt. Ein weit zuverlässigerer Anhaltspunkt wird natürlich die Aufgabe der Nummern an den Auftraggeber sein. Denn damit erlangt der Kommittent einen Anspruch auf die bestimmt bezeichneten Stücke, wird demgemäß Eigentümer derselben. Der Kommissionär, welcher es sich herausnehmen würde, über dieselben zu verfügen, macht sich einer Unterschlagung schuldig.

Nach dem Gesagten ist daran festzuhalten, daß sich für die Frage des Eigentumsüberganges durch „Constitutum possessorium" keine jeweils maßgebenden Normen aufstellen lassen, sondern daß nach Lage des einzelnen Falles beurteilt werden muß, ob aus den gegebenen Merkmalen die Absicht des Kommissionärs, das Eigentum zu übertragen, genügend erhellt. Hervorzuheben ist, daß zur „Konstituierung der Possessio" keineswegs Innehabung auf Seite des „Konstituenten" gefordert werden darf. Auch derjenige, welcher selbst nicht Detentor ist, für den vielmehr ein anderer detiniert, kann seinen dem Rechte nach bestehenden Besitz auf einen Dritten übertragen. Diesen Rechtssatz hat auch das deutsche Reichsgericht[16]) anerkannt, gleichwohl jedoch in einem

---

[13]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 19 Nr. 24.

[14]) Vgl. „Entwurf" § 805 Abs. 2, wo unser Fall geregelt wird.

[15]) Vgl. die Entscheidung in Seuffert's Archiv Band 34 Nr. 270.

[16]) Vgl. Entscheidungen Band 11 Nr. 14 insbes. S. 60.

Falle den Übergang des Besitzes verneint, in welchem nach Lage der Sache wohl das Gegenteil anzunehmen war.

Ein nicht an der Börse wohnhafter Kommissionär hatte nämlich den ihm erteilten Börsenauftrag seinem Bankier übermittelt. Dieser führte den Auftrag aus und verband damit die hier in Betracht kommende Mitteilung: „Wir haben die Stücke in Ihr Depot gelegt". Es kam hinzu, daß der Börsenbankier die gekauften Stücke von seinem Eigentume thatsächlich separiert und in einen Umschlag mit der Namensaufschrift seines Kommittenten gelegt hatte. Das Reichsgericht entnahm aus diesem Vorgang mit Recht den Eigentumsübergang auf den Bankier des Provinzplatzes. — Es handelte sich nun weiter darum, ob dessen Kommittent Eigentümer geworden sei, und für diese Rechtsfrage konnten natürlich nur die Äußerungen des Bankiers der Provinz maßgebend sein. Das Schreiben des letzteren enthielt die Worte: „Kauften für Ihr Depot . . . und nahmen die Stücke in beste Verwahrung". Hier vermißte das Reichsgericht das Erfordernis der Nummernaufgabe und verneinte daher den Übergang des Eigentums. Uns will diese Entscheidung nicht gerechtfertigt erscheinen, wie denn auch die Ausführungen des Reichsgerichtes keineswegs überzeugend sind. Für den Übergang des Eigentums kam jedenfalls der Umstand in Betracht, daß der Kaufpreis bezahlt war. Selbstverständlich ist das nicht entscheidend. Aber auch abgesehen davon wurden die Stücke in der nämlichen Einteilung [17]) aufgegeben, welche dem Provinzbankier selbst gemeldet worden war. Mehr aber konnte er nicht mitteilen, insbesondere nicht die Nummern, die ihm selbst nicht angezeigt worden waren. Es erhellt u. E. mit der erforderlichen Bestimmtheit aus dem Briefwechsel, daß der Provinzbankier seine Rechte an den gekauften Effekten auf den Auftraggeber über-

[17]) Dieselbe bezog sich auf den Nominalwert der gekauften Stücke.

tragen wollte, und zwar weil er nicht nur die Nachricht von der Ausführung mit der Spezialisierung, wie sie ihm selbst zugekommen war, an seinen Auftraggeber übermittelte, sondern auch die Bemerkung hinzufügte, er wolle nunmehr als Verwahrer gelten. In der genauen Angabe der gekauften Stücke nach ihrem Nominalbetrage lag wohl mehr, als die bloße „Anzeige" des Art. 361.

Ohne genügenden Grund verlangte ferner das Reichsgericht als Voraussetzung des Eigentumsüberganges die Angabe des Aufbewahrungs**ortes**. Als solchen sehen die Kontrahenten stets den Börsenplatz an, weil hier ja auch später die Wiederveräußerung erfolgen soll; denn es handelte sich gegebenen Falles nicht um eine Kapitalanlage, sondern um einen Spekulationskauf. — Die praktische Seite der erörterten Frage ist nicht schwer zu finden. Der Provinzbankier war in Konkurs geraten; der Börsenbankier hatte seine Forderung durch den Verkauf der in seiner Hand befindlichen Effekten beglichen, dabei aber ergab sich ein Überschuß, auf den nun der Kommittent als Eigentümer der verkauften Wertpapiere Anspruch kraft Absonderungsrechtes erhob. Er wurde mit dieser Klage vom Reichsgerichte abgewiesen.[18])

Aus alledem ergiebt sich, daß es für den Kommittenten von größter Bedeutung ist, Kenntnis von den Nummern der für ihn gekauften Wertpapiere zu erhalten. Andererseits wird es auch sehr begreiflich erscheinen, daß es Kommissionäre giebt, zu deren Gepflogenheiten es gehört, die Nummern niemals aufzugeben.

Es dürfte daher am Platze sein, von der Regel auszugehen, daß die Parteien hinsichtlich der Nummernaufgabe keine besonderen Vereinbarungen getroffen haben, und hiernach zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung eines Nummernverzeichnisses für den

[18]) Vgl. hierzu eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes Band 25 Nr. 63, und die Neuredaktion des Art. 368 im Anhang.

Kommittenten begründet ist. Es bedarf wohl keiner langen Ausführung, daß ein solcher Anspruch erst durch die Bezahlung der gekauften Papiere zur Entstehung gelangt. Wir würden denn auch diesen Punkt nur kurz berühren, läge nicht ein unserer Ansicht entgegenstehendes Erkenntnis des Reichsgerichtes [19]) vor. In dem einschlägigen Falle war eine Kommission zum Ankaufe von Wertpapieren erteilt worden. Der Kommittent erbat sich Aufgabe der Nummern, obwohl er das Äquivalent für die gekauften Papiere dem Kommissionär nicht zugängig gemacht hatte. Infolgedessen weigerte sich dieser dem Wunsche seines Auftraggebers zu willfahren; es kam zur Klage. Hier wurde festgestellt, daß der Kommissionär die zuerst gekauften Stücke anderweit in seinem Geschäfte verwendet hatte. Das Reichsgericht folgerte daraus gegen den Kommissionär den Verlust des Differenzanspruches, obwohl derselbe sich auch vor Gericht zur Leistung der in genere geschuldeten Wertpapiere erbot. Wir haben uns vergeblich bemüht, diese Entscheidung mit den wiederholten Erkenntnissen des Reichsoberhandelsgerichts in Einklang zu bringen, nach welchem es dem Kommissionär frei steht, bis zum erfolgten Eigentumsübergange die gekauften Stücke durch Stücke gleicher Gattung zu ersetzen. Der letztgenannte Gerichtshof [20]) ging soweit, im Widerspruch mit der Leipziger Juristenfakultät sogar nach (irrtümlich) bewirktem Verkaufe der kommissionsweise angeschafften Gattungssachen eine Wiederherstellung des früheren Zustandes durch den Ankauf von Waren der nämlichen Qualität und Quantität für zulässig zu erklären. [21]) — Das Reichsgericht kam offenbar zu seinem verfehlten Resultat durch die Fiktion einer Zahlung. [22])

[19]) Vgl. Entsch. Band 5 Nr. 1.

[20]) Vgl. Entscheidungen Band 1 Nr. 77 cf. Band 16 Nr. 60.

[21]) Wir stehen nicht an, dieser Ansicht unumwunden beizutreten.

[22]) Nur unter der Voraussetzung einer Zahlung wäre allerdings das Ergebnis des Reichsgerichts zutreffend gewesen. Einer solchen kann

Der Kommissionär hatte nämlich den Betrag der gekauften Wertpapiere im Debet der laufenden Rechnung seines Kommittenten gebucht. Wie aber eine solche Buchung einer Zahlung gleichgestellt werden kann, will uns nicht einleuchten. Im Gegenteil war der fragliche Bucheintrag die notwendige Folge davon, daß Zahlung ausblieb, natürlich unter der Voraussetzung einer geordneten Buchführung. Unmöglich also konnte dieser Vorgang einer späteren Disposition des Kommissionärs über die Wertpapiere entgegenstehen oder ihn in die Notlage bringen, über die Identität der angebotenen und der urspünglich gekauften Stücke den Beweis führen zu müssen.

Anlangend die eingangs angeregte Frage bezüglich des Eigentumsüberganges bei der Verkaufskommission, so sind wir der Anschauung, daß der Kommissionär deshalb nicht Eigentümer wird, weil der Kommittent ihn weder dazu machen noch er selbst es werden will. Entgegen der Vorschrift des „Entwurfs“ § 874, dessen zweiter Absatz, [23]) nebenbei bemerkt, ein ebenso charakteristisches als humorvolles Produkt der

---

in unserem Falle die Kreditierung keineswegs gleich gestellt werden. Der Satz des bürgerlichen Rechts, daß Eigentum beim Kaufe erst übergehe durch Zahlung oder durch Kreditierung des Kaufpreises, scheint hier die Ansicht des Reichsgerichtes bestimmt zu haben. — Doch ist diese Analogie schon um deswillen verfehlt, weil das bürgerliche Recht obendrein Übergabe der Sache verlangt. Eine Tradition findet aber im Kommissionsverkehr mit Wertpapieren bei Kreditierungen nicht statt. Daraus ergiebt sich zugleich, daß in unserem Falle von einer Kreditierung des Kaufpreises im Sinne des Zivilrechts nicht die Rede sein kann, eben weil der Kreditgeber hier das leicht realisierbare „Äquivalent“ stets in der Hand behält. In den meisten Fällen wird weiter die Hinzufügung eines kleineren „Depots“ für etwaige Ausfälle verlangt. Es fehlt hiernach an den beiden Faktoren, an welche das Zivilrecht den Eigentumsübergang anknüpft, an der Tradition und an der ungedeckten Kreditgewährung.

[23]) Vgl. Motive Band III S. 385, über die Auflösung des schwierigen Rätsels.

herrschenden juristischen Richtung ist, halten wir es zum Eigentumsübergange nicht für erforderlich, daß der Wille des bisherigen Eigentümers auf eine bestimmte Person gerichtet sei. Es genügt, daß der Vertreter bei der Tradition der Willensmeinung des Eigentümers entsprach. Gleichgültig ist, ob der Empfänger über das innere Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär unterrichtet war oder etwa den letzeren selbst für den Eigentümer hielt. In keinem Falle wird der Kommissionär Eigentümer, in jedem Falle der dritte Kontrahent durch Wille und That des Kommissionärs.

In diesem Zusammenhange darf schließlich ein Bedenken nicht unterdrückt werden, durch welches u. E. eine Lücke des geltenden Rechts dargethan wird. Hat der Kommittent den Kommissionär mit einem Wareneinkaufe[24]) betraut und ihm zu diesem Behufe im voraus den Kaufpreis zugängig gemacht, so wird der Kommissionär zweifellos Eigentümer des übersandten Geldes nach der Vermischung mit dem Seinigen. Gesetzt nun der Kommissionär gerät gleich nach Abschluß des Kaufvertrages in Konkurs; hier steht dem Kommittenten ein Vorzugsrecht auf die aus dem abgeschlossenen Kauf dem Kommissionär erwachsene Forderung zu[25]), weshalb er nicht benachteiligt ist. Anders liegt jedoch die Sache dann, wenn nicht nur der Kaufvertrag geschlossen, sondern auch bereits zur Ausführung gelangt war. In diesem Falle ist der Kommissionär Eigentümer der ihm übergebenen

---

[24]) Bei der Verkaufskommission erhebt sich ein ähnliches Bedenken, insofern hier der Kommissionär mit der Einkassierung der ausstehenden Geldforderung Eigentümer des Geldes nach der Vermischung mit dem Seinigen wird.

[25]) Vgl. Art. 368 Abs. 2. — Es handelt sich natürlich meist um eilige Anschaffungen, und es wird daher in der Regel noch vor der Konkurseröffnung der Abschluß mit dem Drittkontrahenten, hier ebenfalls ein Barkauf (vgl. S. 38 ff.), vollzogen werden.

Ware geworden. An dieser Ware also steht dem Kommittenten ein Aussonderungsrecht nicht zu. Ein solches ist gesetzlich nur anerkannt für die dem Kommissionär durch Abschluß des Kaufvertrages erwachsenen Forderungen, nicht auch für die Sachen, die der Kommissionär aus demselben Rechtsgrunde zu Eigentum erwarb. Man gelangt auf diese Weise allerdings zu einem Resultat, dem der Gesetzgeber im Art. 368 Abs. 2 vorzubeugen beabsichtigte. Es wäre daher ein Zusatz zu demselben erwünscht, etwa folgenden Inhalts: „Dies gilt auch gegenüber den zu Eigentum erworbenen Waren und sonstigen Werten, wenn der Kommissionär dieses Eigentum durch Erfüllung einer bei Ausführung der Kommission erworbenen Forderung gewann."

Sehr zweckmäßig ist die Bestimmung des § 36 der Konkursordnung, wonach der Einkaufskommissionär, wenn er eine noch nicht bezahlte Ware von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet hat, zur Rückforderung des Gutes berechtigt ist, sofern dasselbe nicht schon vor der Konkurseröffnung am Orte des Kridars angekommen und in dessen Gewahrsam übergegangen war.

§ 22. 2) Die Forderungen aus Kommissionsgeschäften und ihr Übergang.

Der Abschluß des Kommissionärs im eigenen Namen hat zur unbedingten Folge, daß die aus dem geschlossenen Geschäfte entstehenden Forderungen seine Forderungen werden.

Erst nach erfolgter Abtretung kann der Kommittent dieselben geltend machen. Die Abtretung aber darf der Kommissionär insolange verweigern, als er nicht für seine aus der Ausführung des Auftrages gegen den Kommittenten gewonnenen Ansprüche — und im Falle des Bestehens einer laufenden Rechnung — solange er nicht für alle Forderungen aus dieser befriedigt ist. Das erkennt der Gesetzgeber aus-

drücklich im zweiten Absatz des Art. 374 an, wo es heißt: „Der Kommissionär kann sich für die vorstehend (Abs. 1) erwähnten Ansprüche aus den durch das Kommissionsgeschäft begründeten und noch ausstehenden Forderungen vorzugsweise vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen."

Aus dem Umstande nun, daß der Kommissionär allein Gläubiger der aus dem Abschlusse mit dem dritten Kontrahenten entstandenen Forderung wird, kann nicht etwa der Schluß gezogen werden, es sei ihm verwehrt, im Falle einer Vertragsverletzung jenes Dritten das Interesse des Kommittenten an der Erfüllung geltend zu machen. Er darf dies und zwar, ohne daß eine Ermächtigung des Kommittenten nötig wäre, wie das Reichsoberhandelsgericht mit Recht ausgeführt hat.[1]) Naturgemäß kann bei der Feststellung der Schadenshöhe nur das Vermögen des auf die Vertragserfüllung rechnenden Kommittenten in Betracht gezogen werden. Der Kommissionär selbst wird selten ein direktes Interesse an der Erfüllung darzuthun vermögen.[2]) Immerhin ist daran festzuhalten, daß ein Rechtsverhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Drittkontrahenten durch die Ausführung der Kommission nicht begründet wird.[3])

Indessen verkennt der Gesetzgeber nicht, daß ökonomisch Herr der gewonnenen Forderung der Kommittent ist, daß

---

[1]) Vgl. Entsch. Band 11 Nr. 86 S. 260; Bd. 14 S. 400 oben. Stand der Kommissionär Delkredere, dann wird er allerdings das eigene Interesse geltend machen.

[2]) Siehe jedoch Entscheidung des Reichsoberhandelsger. Band 22 Nr. 66.

[3]) Über einen interessanten hierher gehörigen Fall vgl. Entsch. des Reichsoberhandelsger. Band 22 Nr. 55 namentlich S. 253. — Durch eine Arglist des Drittkontrahenten war der Kommittent zu einer Auftragserteilung an seinen Kommissionär verleitet worden. Er gewinnt hierdurch kein Recht auf Anfechtung des abgeschlossenen Kaufvertrages gegen den Betrüger.

im Falle einer Verkaufskommission der Erlös seiner Ware es gewesen, aus welcher die Forderung auf den Kaufpreis herrührt, im Falle einer Einkaufskommission sein Auftrag die Ursache, weshalb eine Forderung auf die Ware entstand.[4]) Selbst ohne Abtretung der Forderung ist sohin der Kommittent derjenige, für welchen das Dasein derselben vornehmlich Bedeutung hat. Dieser Thatsache trägt der Gesetzgeber vollkommen Rechnung, indem er bestimmt, daß alle in Rede stehenden Forderungen im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten zu gelten haben.

Praktisch wird diese Bestimmung natürlich dann, wenn der Kommissionär falliert, insofern hier der Kommittent ein Absonderungsrecht geltend machen kann. —

Übrigens liegt die Gefahr einer falschen Auffassung eben dieses zweiten Absatzes von Art. 368 nahe. Es muß nämlich vor der Annahme gewarnt werden, als ob aus Art. 368 der Kommittent einen Einwand gegen denjenigen Gläubiger des Kommissionärs ableiten könne, welcher seinerseits Rechte auf die Forderung oder aus der Forderung geltend macht. Man darf trotz des Wortlautes jener Satzung nicht vergessen, daß bis zur Abtretung der Forderung rechtlich der Kommissionär das Verfügungsrecht über dieselbe besitzt. Er kann sie, freilich nur mit der Gefahr sich des Vergehens der Untreue[5]) schuldig zu machen, einem andern Gläubiger als dem Kommittenten zedieren. Thut er das, so wird durch die Abtretung der Zessionar unbedingt forderungsberechtigt. Der Kommittent kann sich hier nicht darauf berufen, daß er gegenüber den Gläubigern des Kommissionärs

---

[4]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberh. Bd. 7. Nr. 2 S. 23.

[5]) Vgl. Reichsstrafgesetzbuch § 266 Ziffer 2. Mit Unrecht spricht Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuche 2. Auflage Bd. II. S. 464 von „Unterschlagung“. Eine solche erkennt § 246 Rstrgb. nur an beweglichen Sachen an.

schon vor an ihn erfolgter Abtretung als Herr der Forderung zu gelten hatte. Denn Abs. 2 des Artikels 368 setzt voraus, daß sich die Forderung noch im Vermögen des Kommissionärs befindet.[6] Hiervon wird schon dann die Rede nicht sein können, wenn bspw. der dritte Kontrahent gegen den Kommissionär, welchem er den Kaufpreis schuldet, eine Gegenforderung bspw. aus einem Darlehen hat, mit welcher er aufrechnen will, oder wenn er, bevor die gegen ihn begründete Forderung abgetreten war, in den Besitz eines notleidenden Wechsels kommt, für welchen der Kommissionär ihm regreßpflichtig ist. Zur Anerkennung dieser Gegenansprüche ist auch der Kommittent verpflichtet. Will er eine Verfügung des Kommissionärs über die ihm zugehörige Forderung hintanhalten, so mag er sich im Wege des Arrestes helfen.[7]) Solange dies nicht geschehen, muß er darauf gefaßt sein, daß zu seinem Nachteil über die Forderung verfügt werde.

§ 23. 3) Über die Kreditgewährung des Kommissionärs.

Es kommt bei Kommissionsgeschäften häufig vor, daß der Kommissionär für seinen Auftraggeber in Auslage tritt. Der Umstand, daß er an der gekauften Ware Pfandrecht erlangt, beschränkt die Gefahr eines Verlustes. Vielfach findet es sich auch, daß der Kommittent einen Sicherheitsvorschuß zu leisten hat, welcher dem Kommissionär im Falle der Entwertung der Ware als Deckung dienen soll. Alle diese Fälle bieten kein besonderes rechtliches Interesse. — Nur das mag bemerkt werden, daß eine Krediteinräumung seitens des Kommissionärs niemals vermutet werden darf. Um sie anzunehmen, sind vielmehr sichere Anhaltspunkte erforderlich. So kann man bspw. eine Kreditgewährung nicht schon darin

---

[6]) Die Ausdrucksweise des 2. Absatzes des Art. 368 entbehrt immerhin der nötigen Klarheit.

[7]) Vgl. Reichszivilprozeßordnung §§ 798 u. 814 ff.

finden, daß der Bankier am 3. Januar für seinen Kommittenten per Ultimo 25 Stück Kreditaktien kaufte und nach dem Kaufe lediglich Anzeige erstattete, ohne um Übersendung des Äquivalentes zu bitten. Es kommt in Betracht, daß die Liquidation für die gekauften Stücke erst Ende des Monats erfolgt, weshalb auch nur mit Rücksicht auf diesen Zeitpunkt die Frage nach einer etwaigen Kreditgewährung sich beantworten läßt. Regel aber ist, daß alsdann der Bankier seinen Klienten um „Anschaffung" ersucht, so daß bei der Abwickelung des Geschäfts ein Kredit thatsächlich nicht gewährt wird.

Wurde nun aber dem Kommittenten vom Kommissionär ein Kredit eingeräumt, so dürften die Rechtsfragen, welche sich hierbei erheben, gegenüber ähnlichen Fällen nichts Besonderes haben. Wir begnügen uns daher, in diesem Zusammenhange nur einen und zwar den praktisch wichtigsten Punkt zu behandeln, die Frage nämlich, ob der Kommissionär, welcher dem Kommittenten einen Kredit auf gewisse Zeit einräumte, an sein Versprechen auch dann gebunden sei, wenn infolge einer unerwartet eintretenden Zerrüttung der Vermögensverhältnisse des Schuldners für den Kreditgeber die Gefahr einer schweren Einbuße entsteht. Daran schließt sich die weitere Frage, ob der bereits kreditierte Betrag zurückgefordert werden könne, wenn sich nachträglich eine Verschlechterung in der Vermögenslage des Kommittenten, und damit eine gegründete Gefahr des Verlustes für den Kommissionär herausstellt. Grünhut [1]) steht nicht an, beide Fragen im bejahenden Sinne zu entscheiden. Er beruft sich dabei auf ein Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichtes, welches allerdings nur die erste Frage in seinem Sinne erledigt; er folgert hieraus aber wohl mit Recht, daß für die zweite das Gleiche gelten müsse.

„Nach [2]) der insbesondere im kaufmännischen Verkehre bestehenden, einer gesunden Anschauung entsprechenden Auf-

[1]) Vgl. „Recht des Kommissionshandels" S. 256.

[2]) So das Reichsoberhandelsgericht Bd. 23, Nr. 48, S. 137.

fassung ist es bei einem jeden nicht sofort zur Ausführung gelangenden Kreditgeschäft — wenn nicht etwa besondere Umstände auf ein anderes Ergebnis hinführen — eine selbstverständliche Voraussetzung wirksam bleibender Verbindlichkeit des Promittenten, daß nicht, bevor die Kreditzusage zur Ausführung gelangt, Umstände in betreff der Vermögensstellung des Promissars bekannt werden, welche diesen als so unsicher, die Gewährung des zugesagten Kredites als so gefährdet erscheinen lassen, daß mit Bestimmtheit angenommen werden darf, der Promittent würde, wenn ihm die Lage seines Kontrahenten schon bei dem Geschäftsabschlusse bekannt gewesen wäre, zu diesem sich nicht verstanden haben. Die inneren Gründe für diese Auffassung der Kaufleute liegen nahe. Abgesehen von solchen Fällen, in denen dem Kreditbewilligenden eine Unsicherheit des anderen Teiles bekannt ist, und er, durch besondere Motive bestimmt, dennoch auf das Geschäft eingeht, gewährt kein Kaufmann einem anderen Kredit, wenn er Ursache zu der Annahme hat, daß der zu verwendende Vermögenswert erheblich gefährdet sein werde. Darüber, daß dies eine allgemein gehegte kaufmännische Ansicht ist, kann kaum ein Zweifel erhoben werden. Es folgt aber hieraus weiter, daß jeder Kaufmann, welcher bei einem anderen Kredit beantragt, sich mittelbar als einen für den Bereich des beabsichtigten Geschäftes Kreditwürdigen darstellt und dadurch seinem Mitkontrahenten erklärt, dieser dürfe sich versichert halten, daß er bis zur Zeit des Ablaufs des Geschäftes ungefährdet sein werde. Manifestiert sich eine Gefährdung des Kredits schon vor dessen materieller Gewährung, so würde es gegen den vorgedachten Sinn des Geschäftes sein, ungeachtet der veränderten Sachlage die Kreditzusage aufrecht zu erhalten und den Promittenten dazu zu nötigen, den betreffenden Vermögenswert einer offenbaren Gefährdung preiszugeben. Daß die im vorstehenden dargelegte Behandlung des fraglichen Punktes keine ausdrück-

liche Anerkennung in den Gesetzen gefunden hat, steht, da sie aus der Natur des zu Grunde liegenden Verhältnisses hervorgeht, ihrer Festhaltung nicht entgegen."

Es mag dahin gestellt bleiben, ob dem Standpunkte des Reichsoberhandelsgerichts de lege ferenda beizutreten sei,[3]) so viel steht jedenfalls fest, daß er nach geltendem Recht nicht haltbar ist. Aus den Deduktionen des Gerichtshofes geht klar hervor, daß er sich auch keineswegs scheut, die mit seiner Anschauung verwandten Konsequenzen zu ziehen, daß er insbesondere auch nach „materieller" Kreditgewährung für einen bestimmten Zeitraum eine Kreditkündigung bei verschlechterter Vermögenslage des Schuldners zulassen will. Man darf nun aber auch die Lage des Kreditempfängers nicht ignorieren. Ist dieser bspw. ein Industrieller, dem der Bankier zum Betriebe seiner Fabrik einen hohen Kredit einräumte, so wird er in seinen Geschäftsoperationen völlig gelähmt, wenn er nach einer unglücklichen Spekulation den auf längere Zeit bewilligten Kredit nun auch sofort einbüßen soll!

Jedenfalls ist die Einigung über die Bewilligung eines Kredites ein Vertrag. Um ihn anzufechten, müssen also wohl auch die die Anfechtung eines Vertrages rechtfertigenden Gründe gegeben sein. Hält man hieran fest, so wird man schwerlich in dem zur Beurteilung gestellten Falle mit dem Reichsoberhandelsgerichte entscheiden.

Aber in den Gründen desselben finden sich auch Erwägungen, welche vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus nicht stichhaltig sind. Der Gerichtshof meint, daß seine Ansicht zwar in den Gesetzen keine Anerkennung gefunden habe, aber aus der Natur der Sache sich ergebe. Wie nun, wenn wir behaupten, daß wir in einem Gesetze, und zwar in einem Reichsgesetze, die gegenteilige Ansicht vertreten

[3]) Vgl. in dieser Hinsicht § 458 des Entwurfes, aber auch die Motive zu diesem Paragraphen Bd. II, S. 315, welche Ausführungen wohl für unsere Ansicht sprechen.

finden, in einem Gesetze, welches seinem ganzen Inhalte nach dazu bestimmt ist, den Interessen des Handelsverkehrs zu dienen und dessen hohe Bedeutung für denselben niemals verkannt worden ist, nämlich in der allgemeinen Deutschen Wechselordnung! Wir stützen uns auf Art. 29, in welchem es heißt, daß für einen acceptierten Wechsel Sicherheit nur dann gefordert werden könne, wenn der Acceptant seine Zahlungen eingestellt hat bezw. über das Vermögen desselben Konkurs eröffnet wurde oder wenn eine Exekution in sein Vermögen fruchtlos ausgefallen ist. Nur unter einer dieser drei Voraussetzungen kann von dem Acceptanten Sicherstellung verlangt werden. Was anderes aber liegt dem Verhältnisse zwischen dem Acceptanten und dem Aussteller eines Wechsels zu Grunde, als eine Kreditgewährung? Der Trassant ist Kreditgeber, der Acceptant Kreditempfänger.

Man wende uns nicht ein, aus dem Wechselrecht könne man keine Analogieen heranziehen, weil der Wechsel als rein formales Rechtsinstitut eine eigentümliche Behandlung gefunden habe![4]) Eine solche Behauptung entbehrt jeglicher Begründung. Der Wechsel ist eine Form obligatorischer Verträge und zwar eine Obligation, welche eine eminente Begünstigung des Gläubigers bezw. Kreditgebers gegenüber dem Schuldner bezw. Kreditempfänger in sich schließt. Wenn nach Wechselrecht gleichwohl der Gläubiger, welcher bei der Einräumung des Kredites von falschen Voraussetzungen ausging, erst unter den hier erwähnten Bedingungen das Recht erhält, gegen den Acceptanten vorzugehen, so dürfte sich für die gewöhnlichen Fälle der Kreditgewährung eine größere Begünstigung des Kreditgebers nicht halten lassen. Ja, es scheint folgerichtig, in unserer Frage lediglich die Vertragsnormen entscheiden zu lassen; diese aber bieten keinen Anhalt

---

[4]) Dagegen kommt entscheidend der Umstand in Betracht, daß be Gewährung eines Blankokredits in laufender Rechnung regelmäßig eine Tratte in Höhe des gewährten Kredites acceptiert wird.

dafür, daß auf Grund irgend einer Veränderung in den Vermögensverhältnissen des Kreditempfängers ein Rücktrittsrecht für den Kreditgeber zur Entstehung gelange. Jede Kreditgewährung schließt naturgemäß eine Gefährdung des Vermögens in sich. Wer sie vermeiden will, der muß es eben unterlassen, Kredit zu geben.

§ 24. 4) Der Beweis bei Rechtsstreitigkeiten über Kommissionsgeschäfte.

Es ist häufig und so auch in der Rechtsprechung [1]) die Ansicht vertreten worden, dem Kommissionär obliege der Beweis, daß er bei Ausführung des Geschäfts mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verfuhr, gleichviel ob im einzelnen Falle seine Bemühungen erfolgreich waren oder resultatlos [2]) geblieben sind. Das Reichsoberhandelsgericht [3]) hat in einer weiteren Entscheidung diese Ansicht für einen gewissen Fall modifiziert. Hat nämlich der Kommissionär bei Übernahme der Kommission sich ausdrücklich dagegen verwahrt, daß er zu dem gesetzten Limito ausführen könne, so soll der Beweis den Kommittenten treffen.

Unseres Erachtens findet sich für die herrschende Auffassung nicht der geringste Anhalt im Gesetze. Allerdings bestimmt Art. 361, daß der Kommissionär über das von ihm ausgeführte Geschäft Rechenschaft zu leisten habe. Aber

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 8 Nr. 7 S. 35, Band 6 S. 217; Band 15 S. 440; Grünhut a. a. O. S. 172 ff; ferner S. 137 unten; S. 411 Schluß von Abs. 1.

[2]) U. E. ergiebt sich nicht schon aus der Übernahme einer Kommission die unbedingte Verpflichtung, sie auszuführen. Diese Verpflichtung ist vielmehr stets an die stillschweigende „Suspensivbedingung" geknüpft, daß die Lage des Marktes die Ausführung des Auftrages ermöglichen werde. Ihren Eintritt hat der Kommittent zu beweisen, welcher wegen unterbliebener Ausführung klagt. Das erscheint uns gerechter, als mit Grünhut dem Kommissionär den Beweis der Unmöglichkeit aufzuerlegen (a. a. O. S. 392).

[3]) Vgl. Entscheidungen Band 11 Nr. 122.

hiermit ist nichts weiter vorgeschrieben, als daß er zugleich mit oder alsbald nach seiner Anzeige von der Ausführung der Kommission die Umstände angebe, auf Grund welcher sich der von ihm angesetzte Preis als angemessen erweist. Jeder Zweifel über die Richtigkeit dieser Ansicht wird wohl durch folgende Worte des Art. 376 widerlegt: „In diesem Falle (vgl. Art. 376 Abs. 1) ist die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufs oder Verkaufs zu geben, auf den Nachweis beschränkt, [4]) daß bei dem berechneten Preise der Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrages eingehalten ist.“ Es wird also unter der Rechenschaft lediglich eine Rechtfertigung des Preises verstanden. Eine solche Bestimmung aber ist ebenso begreiflich als notwendig, soll der Kommittent sich davon überzeugen können, daß sein Interesse aufs beste wahrgenommen worden sei. Trotz des Art. 361 kann jedoch unseres Erachtens keineswegs verlangt werden, daß der Kommissionär stets die Namen derjenigen Personen angebe, mit welchen er unterhandelte. Dies verbietet schon die vielfach berechtigte Befürchtung, daß ihm von dem Kommittenten Konkurrenz gemacht werde. Es genügt also eine Bezugnahme auf die Lage des Marktes und auf andere Verhältnisse, welche seine Ansätze als richtig erscheinen lassen. [5])

Unter keinen Umständen kann man nun aber aus der in Rede stehenden Bestimmung des Art. 361 eine Verpflichtung des Kommissionärs ableiten, im Prozesse den Beweis für seine „Diligenz“ zu erbringen. Unseres Erachtens würde darin die gleiche Härte liegen, wie in der Auferlegung

---

[4]) Gleichwohl hat das Reichsoberhandelsgericht in einer in Seuffert's Archiv Band 33 Nr. 223 mitgeteilten Entscheidung Rechenschaftsleistung verlangt, obwohl es sich um eine Börsenkommission (Getreide) handelte.

[5]) Vgl. hierzu bspw. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 10 Nr. 41 S. 192 f. — Siehe auch S. 56.

des Beweises der bona fides bei irgend einem beliebigen Kontrakte. Für eine solche Rechtsanschauung hätte man sichere Anhaltspunkte im Gesetze suchen, nicht aber mit bestrittenen Stellen aus dem Corpus Juris Civilis kämpfen sollen.

Im Handelsgesetzbuche ließe sich eher für die gegenteilige Meinung eine Stütze finden. Im Art. 363 wird allerdings von dem Kommissionär der Beweis verlangt, „daß der Verkauf zu dem gesetzten Preise nicht ausgeführt werden konnte und die Vornahme des Verkaufes Schaden von dem Kommittenten abgewendet hat.“ Aber man vergesse auch die Voraussetzung nicht; es muß nämlich, um diese Beweislast zu rechtfertigen, eine Auftragsverletzung des Kommissionärs vorliegen. Nur dann ist er beweispflichtig, wenn er unter dem ihm gesetzten Limito verkauft hat.

Weiter wird im Art. 367 dem Kommissionär der Beweis auferlegt, „daß der Verlust oder die Beschädigung des Guts durch Umstände herbeigeführt ist, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht abgewendet werden konnten.“ Indes auch hier darf man die Voraussetzung nicht übersehen. Ein solcher Beweis trifft den Kommissionär nur dann, wenn eine Beschädigung des Gutes eingetreten ist, während er dasselbe aufzubewahren hatte. Der Kommissionär aber hat, wie früher ausgeführt, die Verantwortung für das Gut, solange er dasselbe aufbewahrt. Nur dann wird er bspw. von jeder Verantwortlichkeit frei sein, wenn eine Feuersbrunst bei Nacht ausbrach und wenn ihm die Rettung des Kommissionsgutes unmöglich war. Aber selbst hier kann eine Haftung noch begründet sein, wofern der Kommittent bestimmte Lagerräume für die Aufbewahrung seiner Güter bezeichnet hatte, während der Kommissionär andere wählte. Grünhut [6]) meint, daß auch bei solcher Sachlage

---

[6]) Vgl. „Recht des Kommissionshandels“ S. 174.

der Kommissionär von seiner Verantwortung dann entbunden sei, wenn bei demselben Brande die vom Kommittenten bezeichneten Gebäude eingeäschert wurden. Dieser Ansicht kann man nicht ohne Einschränkung beitreten; vielmehr muß dem Kommissionär der weitere Beweis auferlegt werden, daß eine Rettung des Kommissionsgutes auch im Falle der Beobachtung jener Vorschrift unmöglich gewesen wäre.

Der dem Kommissionär am Schlusse des Art. 369 aufgebürdete Beweis ist ebenfalls aus dem Grunde gerechtfertigt, weil ihn hier der Vorwurf der Auftragsverletzung trifft.

Nach dem Gesagten ist auf dem Gebiete des Kommissionsrechtes an den allgemeinen Regeln über die Beweisverteilung festzuhalten. Jede Partei hat also die Behauptungen, aus denen sie ihren Anspruch ableiten will, unter Beweis zu stellen. — Klagt der Kommissionär, so wird nicht schon die Behauptung des Kommittenten, er „wisse nicht", ob die angesetzten Preise richtig seien [7]), den Richter bestimmen dürfen, von dem Kommissionär den Beweis seiner „Diligenz" zu verlangen. Vielmehr hat der Kommittent seiner Unzufriedenheit mit den Ansätzen des Kommissionärs deutlichen Ausdruck zu geben, ehe dem Kommissionär der Beweis der Richtigkeit seiner Behauptungen auferlegt werden kann. [8]) Klagt der Kommittent wegen Nichtausführung des aufgetragenen Geschäftes, so wird es seine Sache sein, Beweise dafür zu erbringen, daß die Ausführung möglich war. [9])

Nur ein wichtiger Grundsatz ist in diesem Zusammenhange noch hervorzuheben, dem namentlich auch die Rechtsprechung volle Anerkennung hat zu teil werden lassen. Unter bestimmten Verhältnissen tritt nämlich eine Umkehr der Beweislast ein. Man hat hier an Fälle zu denken, wo

---

[7]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 10 Nr. 41 sub. 2. (S. 191 Schluß von Abs. 1).

[8]) Vgl. hierzu auch § 366 des „Entwurfes".

[9]) Vgl. Anm. 2 auf S. 142.

durch die Schuld des einen Kontrahenten dem anderen der ihm obliegende Beweis erschwert oder sogar unmöglich gemacht worden ist. Den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts entnehmen wir folgende Anwendungsfälle. Der überseeische Kommissionär[10]) hatte eine ihm übersandte Ware, welche seiner Behauptung nach im vertragswidrigen Zustande bei ihm eintraf, trotz des entgegenstehenden Wunsches seines Kommittenten öffentlich versteigern lassen. Der Gerichtshof entschied in diesem Falle dahin, daß die Mangelhaftigkeit der übersandten Ware von dem Kommissionär zu beweisen sei. — In einem anderen Falle[11]) sollte ein überseeischer Kommissionär einen Einkauf besorgen. Es war vereinbart worden, daß der Kommittent die Ware gegen Zahlung des halben Kaufpreises in Antwerpen in Empfang nehme. Schuldhafterweise hatte er dies unterlassen; gegenüber der Klage des Kommissionärs aber machte er die Mangelhaftigkeit der Ware geltend.[12]) Das Gericht entschied sich dahin, daß ihm der Beweis des Mangels aufzuerlegen sei, da seine ungerechtfertigte Annahmeverweigerung den Kommissionär in Ungewißheit darüber gelassen hatte, ob die übersandte Ware für gut befunden werde.

In einem weiteren Falle hatte der Einkaufskommissionär die Probe verloren oder vernichtet, welche für die Qualität der gekauften Ware maßgebend sein sollte. Der Gerichtshof entschied sich dahin, daß er die Probemäßigkeit zu beweisen habe.[13])

Die Feststellung der Schadenshöhe[14]) bei vertrags-

[10]) Entscheidungen Band 19 Nr. 33.

[11]) Vgl. Entscheidungen Band 21 Nr. 84.

[12]) Eine Anzeige nach Maßgabe des Art. 347 war nicht erfolgt, weil der Beklagte die Ware in Antwerpen nicht in Empfang genommen, also auch nicht untersucht hatte.

[13]) Vgl. Entscheidungen Band 9 Nr. 10. Siehe auch Bd. 12 S. 117, Bd. 14 S. 242.

[14]) Vgl. hierüber den Entwurf §§ 218 ff. und dazu Annalen 1890 S. 38 f.

widrigem Verhalten richtet sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, soweit nicht bereits in den früheren Ausführungen [15]) Abweichungen erwähnt wurden.

§ 25. 5) Unterschied zwischen Kommission und Propregeschäft.

Bevor wir das Selbstkontrahierungsrecht des Kommissionärs näher ins Auge fassen, dürfte es am Platze sein, den Unterschied zwischen Kommission und Propregeschäft klarzustellen und zwar um so mehr, als auch die Rechtsprechung u. E. in dieser Frage fehlgegangen ist. So hat z. B. das Deutsche Reichsgericht [1]) wörtlich ausgesprochen: „Es lassen sich für die Unterscheidung von Kommissions- und Propregeschäften keine durchgreifenden Unterscheidungsmerkmale aufstellen.“ Ein solches Ergebnis läßt sich mit den Erfahrungen des Lebens wohl nicht in Einklang bringen. Nur soviel vermögen wir zuzugestehen, daß man leicht getäuscht werden kann, wenn man aus äußeren Merkmalen auf das Dasein oder Nichtdasein eines Kommissionsverhältnisses schließt.

Man geht kaum fehl, wenn man für die Regel daran festhält, daß die Einleitung zu einem Kommissionsvertrage von dem Kommittenten ausgeht. Aber denkbar ist freilich auch, daß der Kommissionär die Initiative ergreift. Er kann dem Kommittenten kundthun, daß er vorzugsweise Geschäfte bestimmter Art vermittle und daß er daher in der Lage sei, ihn in gewissen Artikeln besonders günstig zu bedienen. Hier haben wir, wofern der Kommittent einen Auftrag giebt, sicherlich einen Kommissionsvertrag. Fügt hingegen der Kommissionär seiner Einladung eine bestimmte Preisofferte bei, so liegt ein gewöhnlicher Antrag [2]) zu einem Handelsgeschäfte vor. Daran vermag der Umstand, daß das Geschäft

[15]) Siehe insbes. S. 63, 66 u. 103.

[1]) Vgl. Entscheidungen Band 5 Nr. 21, S. 87.

[2]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 12 Nr. 40.

von einem Kommissionär ausgeht, schon um des willen nichts zu ändern, weil gerade der Kommissionär behufs Ausführung der ihm zu teil gewordenen Aufträge zum Abschluß von Propregeschäften genötigt ist. Wir haben hier also eine einfache Kaufofferte, ungeachtet der Kommissionär bei der Preisanstellung einen bestimmten Betrag für „Kommission" in Ansatz bringt. [3]) Diese Rechnungsweise steht rechtlich einer Erhöhung des Kaufpreises gleich.

In der Praxis des Reichsoberhandelsgerichts ist an dem Grundsatze festgehalten worden, daß Preisvereinbarung die Unterstellung eines Kommissionsgeschäftes ausschließe. [4]) Das Reichsgericht hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen, seine abweichende Meinung jedoch in einer bei ihm nicht ungewöhnlichen schwerfälligen Ausführung zu begründen gesucht. [5]) Gleichwohl dürfte zu betonen sein, daß die Preisvereinbarung ein sehr wichtiger Anhaltspunkt für einen reinen Kaufvertrag ist, mithin gegen die Kommission spricht. Es liegt in der Natur der Sache, daß dem Kommissionär hinsichtlich des Preises zwar durch das Limito eine bestimmte Schranke gezogen, daneben aber auch freier Spielraum gelassen wird, während ein Charakteristikum des Kaufvertrages die Einigung über den Preis ist. [6]) Zugestanden werden muß, daß man nicht aus der Preisvereinbarung allein unbedingt gegen die Kommission schließen darf. Es kann bspw. ein fester Preis für den Ankauf eines Gutes vereinbart sein, der freie Spielraum jedoch auf die Qualität der Ware sich beziehen. Aber im Zweifel wird allerdings die Preisvereinbarung gegen die Kommission sprechen.

[3]) Entscheidungen des Reichsgerichtes Band 3 Nr. 33. Das Kammergericht in Berlin hatte sich hier durch die äußere Gestalt der Abrechnung täuschen lassen.

[4]) Entscheidungen Band 3 Nr. 7, S. 45.

[5]) Vgl. die bereits citierte Entscheidung Band 5 Nr. 21.

[6]) Vgl. auch die Entscheid. des Rohgr. Band 20 Nr. 79, Band 18 Nr. 52.

Ein Anhaltspunkt für die Frage, ob ein Kommissions- oder ein Propregeschäft vorliege, wird auch aus dem Gewerbebetrieb des Aufgeforderten zu entnehmen sein. Ist der Aufgeforderte berufsmäßiger Kommissionär, so liegt die Annahme einer Kommission näher, als bei einem gewöhnlichen Kaufmanne.

Ein untrügliches Erkennungszeichen ist endlich unseres Erachtens dem Wortlaute des Auftragsschreibens zu entnehmen. Bei der Kommission geht dasselbe, wie bemerkt, regelmäßig vom Kommittenten aus. Tritt ausnahmsweise der Kommissionär als Offerent auf, so wird der Wortlaut des Antrages darüber keinen Zweifel lassen, ob ein Kommissionsgeschäft oder ein reiner Kaufvertrag beabsichtigt worden [7]) sei. Solchen Falles entstehen denn auch die Zweifel weit seltener, als wie wenn der Auftrag vom Kommittenten herrührt. Aber eben hier fehlt es u. E. nicht an sicheren Anhaltspunkten. Sagt der Offerent: „Kaufen Sie für mich" oder „Verkaufen Sie für mich", so unterliegt es keinem Zweifel, daß ein Kommissionsvertrag beabsichtigt worden ist. Ebenso gewiß liegt ein reiner Kaufvertrag vor, wenn es heißt: „Verkaufen Sie mir," „Senden Sie mir," oder „Ich stelle Ihnen an." [8])

Von welcher Erheblichkeit es ist, zu wissen, ob ein Kommissionsgeschäft vorliege oder ein Kauf, bezeugt ein neuerlich ergangenes Reichsgerichtserkenntnis, welches sich über die Folgen eines von einem Bankier erteilten Rates ausspricht. [9]) Vor dem Effektenkaufe hatte sich der Käufer nach den Gewinnchancen erkundigt, die ihm der Bankier in

---

[7]) Vgl. Entsch. des Rohgr. Band 19 Nr. 21.

[8]) Vgl. Entsch. des Reichsoberhg. Band 7 Nr. 45, jedoch auch über die oft sehr geringe praktische Bedeutung des Unterschiedes meine Ausführungen in Grünhut's Zeitschrift Bd. 17 S. 148.

[9]) Mitgeteilt in der Juristischen Wochenschrift, Jahrgang 1887. S. 330. Urteil vom 15. Juni 1887. Jetzt Entsch. in Zivilsachen Bd. 19 S. 91 ff.

Aussicht stellen könne. Dieser hatte sich günstig geäußert, weshalb ihm Auftrag zum Abschlusse des Kaufes erteilt wurde. Später zeigte sich, daß der Rat schlecht war, und es fragte sich, ob der Kommissionär dafür haftbar gemacht werden könne, daß er es bei Erteilung desselben an der einem ordentlichen Kaufmann obliegenden Sorgfalt hatte fehlen lassen. Das Reichsgericht bejahte die Frage und stützte sich dabei auf den Beruf des Ratgebers. Offenbar wäre anders entschieden worden, wenn der Gerichtshof in dem Bankier einen bloßen Verkäufer gesehen hätte. Denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist der Verkäufer nicht verpflichtet, bei der Beratung des Käufers gewissenhaft zu verfahren. Immerhin sollte man auch bei Kaufverträgen eine Ausnahme machen, wenn es sich um das Interesse des Publikums bei seinen Kapitalanlagen handelt. Hier ist es Pflicht des Bankiers, mit größter Achtsamkeit vor Erteilung seines Rates Licht- und Schattenseiten des geplanten Geschäftes zu prüfen. Diese Anschauung entspricht auch zweifellos unserem Verkehrsleben. Jedermann ist von der Ueberzeugung durchdrungen, daß der seinen Klienten beratende Bankier alle Sorgfalt behufs Erteilung eines richtigen Rates aufzubieten habe.[10]) Dies zugestanden ist aber von einem solchen Ratgeber nach Art. 282 die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns d. i. also hier die eines gewissenhaften Bankiers zu verlangen.

In der That führt denn auch die Unterscheidung des Reichsgerichtes zu einem sonderbaren Ergebnisse. Hat der Kommittent an seinen Bankier geschrieben: „Verkaufen Sie mir 25 Stück Kreditaktien, wenn Sie es für ratsam finden," so ist der Rat des Bankiers rechtlich völlig bedeutungslos. Stellt er die Worte nur etwas anders und sagt er „Kaufen

---

[10]) Von den Gerichten sollte diese Auffassung im Hinblick auf Art. 279 des Hgb. schon jetzt vertreten werden. Es bedarf keiner lex specialis.

Sie mir, wenn Sie es für rätlich halten," so ist der Bankier gehalten, bei der Raterteilung mit größter Gewissenhaftigkeit zu verfahren. Wie wenig Gewicht aber auf diesen geringen Unterschied in Worten im Verkehrsleben gelegt wird, erhellt, wenn man bedenkt, daß gerade bei den hier fraglichen Kommissionen zumeist von dem Selbstkontrahierungsrechte Gebrauch gemacht wird. Ohne weiteres leuchtet ein, daß es niemals die Absicht der Parteien sein kann, von einer so geringfügigen Differenz in Worten so wichtige Rechtsfolgen abhängig zu machen.

War [11]) sohin in der der Rechtsprechung des Reichsgerichtes vorgelegenen Sache die Unterscheidung von Kommissions- und Propregeschäft schwerlich angezeigt, so darf dieser Gegensatz deshalb doch nicht unterschätzt werden. Wir erinnern bspw. an Art. 347 des Hgb. Derselbe gilt nach seinem klaren Wortlaut nur für das Rechtsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer; er schreibt vor, daß der erstere die empfangene Ware, so schnell als es ein ordnungsmäßiger Geschäftsgang zuläßt, untersuche und die entdeckten Mängel dem Verkäufer anzeige. Voigt [12]) ist dafür eingetreten, daß diese Satzung auch auf den Einkaufskommittenten Anwendung finde. [13]) Er geht nämlich davon aus, daß Art. 347 nur ein schon lange in Geltung gestandenes Handelsgewohnheitsrecht gesetzlich fixierte, und daß dieses Gewohnheitsrecht sich zur Zeit auf den Einkaufskommittenten nicht min-

---

[11]) Wir erörtern hier absichtlich nur die Frage, inwiefern Satzungen über den Kauf für die Kommission anwendbar sind oder nicht. Denn von selbst versteht es sich, daß die Unterscheidung von Kommission- und Propregeschäft weiter deshalb von großer Tragweite ist, weil bei der Beurteilung des Eigenhandels die Art. 360 ff. des Hgb. nicht herangezogen werden dürfen.

[12]) „Zur Lehre von der Einkaufskommission" in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 25 S. 183 ff.

[13]) Vgl. dagegen Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 25 Nr. 52 S. 214.

der als auf den gewöhnlichen Käufer bezog. Diese Ansicht habe auch bei der Vorberatung des Handelsgesetzbuches unzweideutigen Ausdruck erhalten, weshalb der Wortlaut des Art. 347 nicht gegen sie entscheiden könne. Er führt sodann weiter aus, daß die nämlichen Gründe, welchen der Art. 347 seine Entstehung verdankt, auch für Ausdehnung desselben auf den Einkaufskommittenten sprechen: „Über die hier in Betracht kommende Dringlichkeit eines den Warenabsendern zu gewährenden Schutzes wird man nicht im Zweifel sein können. In jedem Falle einer Ablehnung der Ware kommt es auf eine unter Zuziehung des Verkäufers oder eines Vertreters desselben vorzunehmende Untersuchung derselben in der Richtung an, ob sie dem Vertrage entspreche oder nicht. Diese Untersuchung muß, um den Verkäufer vor Nachteil zu bewahren, baldigst stattfinden. Die den Gegenstand des Geschäfts bildende Ware befindet sich unter der Obhut des Käufers, ohne daß für den örtlich entfernt sich aufhaltenden Verkäufer die Möglichkeit einer Kontrolle desselben vorhanden ist. Durch pflichtwidrige oder doch nachlässige Behandlung der Ware seitens des Käufers oder dessen Leute kann diese, ohne daß der Verkäufer dies erfährt oder verhindern kann, in einer ihn gefährdenden Weise verändert werden. Auf dem Transport, (welcher unter der Voraussetzung der Abfertigung der Ware in vertragsmäßigem Zustande auf Gefahr des Käufers vor sich ging), vorgekommene Beschädigungen können bei längerem Zeitverlaufe nicht nur zunehmen, sondern auch die Beurteilung der Frage, ob die Ware zur Zeit der Abfertigung kontraktmäßig gewesen sei, zum Nachteil des der Regel nach beweispflichtigen Absenders in hohem Grade erschweren. Endlich ist zu erwägen, und dies ist ein Grund von größter Erheblichkeit, daß der Verkäufer in allen den Fällen, in welchen er die Beanstandung gelten lassen muß, in der Lage sich befindet, anderweitig für die Verwertung der Ware sorgen zu müssen. Je später dies

geschieht, desto größere Uebelstände führt dies für ihn herbei, so daß es durchaus unnatürlich sein würde, dem Gutbefinden oder der Bequemlichkeit des Käufers die Bestimmung des Zeitpunktes zu überlassen, in welchem die Frage nach der Vertragsmäßigkeit der Ware zur Erledigung zu bringen sei und der Verkäufer eventuell über dieselbe zu verfügen habe." [14])

Wir meinen, daß für die Voigt'sche Behauptung eines Handelsgewohnheitsrechts, nach welchem sich die Anzeigepflicht des Art. 347 auch auf den Einkaufskommittenten erstrecke, kein Nachweis erbracht ist. Folgeweise müssen die einzelnen in der Praxis sich ergebenden Fälle auseinandergehalten werden; sie lassen sich nicht nach einer allgemeinen Regel entscheiden. [15]) Außer Zweifel steht, daß der Einkaufskommittent dann dem Art. 347 unterliegt, wenn ihm die gekaufte Ware von dem dritten Kontrahenten direkt zugesendet wurde. Ist hinwiederum dem Kommittenten der dritte Kontrahent verschwiegen worden, die Ware also erst dem Kommissionär zugegangen, so wird es dessen Sache sein, das Kommissionsgut nach Empfang auf etwaige Mängel zu untersuchen und seine Rechte und Pflichten aus Art. 347 geltend zu machen. Ist das geschehen, so fragt sich weiter, ob nun auch der Kommittent verpflichtet sei, etwaige Mängel in Gemäßheit des Art. 347 zu rügen. Wäre der Kommissionär in ein ihm aufgetragenes Geschäft befugterweise als Selbstkontrahent eingetreten, so unterliegt allerdings, wie wir alsbald sehen werden, der Kommittent unbedingt dem Art. 347 des Handelsgesetzbuches. Es bleibt also nur die Frage zu beantworten, wie es sich verhalte, wenn die Ware dem Kommittenten durch den Kommissionär zugängig gemacht wird und ein Selbsteintritt nicht stattgefunden hat. Können wir nun auch für derart gelagerte Fälle die Geltung des Art.

---

[14]) So a. a. O. S. 191 f.

[15]) Siehe auch schon unsere Ausführungen S. 42 ff.

347 nicht anerkennen, so muß doch wiederholt ein von uns bereits im Eingang aufgestellter Grundsatz betont werden. [16]) Es ist nämlich eine Forderung der Gerechtigkeit, daß der Kommittent, welcher von seinem Kommissionär die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verlangt, auch seinerseits das Interesse jenes nach Kräften unterstütze. Er muß ebenfalls bei bestehendem Kontraktsverhältnisse die nötige Sorgfalt anwenden, um den Kommissionär vor Schaden zu sichern. Damit aber scheint es unvereinbar, Anstände über die angekaufte Ware erst spät nach ihrer Entdeckung zur Kenntnis des Kommissionärs zu bringen oder überhaupt die Untersuchung des Kommissionsgutes ungebührlich zu verzögern. Ist doch die Vorschrift des Art. 347 selbst nichts anderes als ein Ausfluß der bona fides.

Es erübrigt in diesem Zusammenhange, der Fälle kurz zu gedenken, in welchen der Zweifel sich nicht darauf erstreckt, ob ein Kommissions- oder ein Propregeschäft vorliegt, sondern vielmehr ob eine kaufmännische Kommission oder eine andere Spezies des Mandates gegeben sei. Welche Stellung nimmt bspw. der Postfiskus ein, wenn das Publikum bei ihm auf die Zeitungen abonniert? Über die verschiedenen Auffassungen, welche hier möglich sind, hat sich das Reichsoberhandelsgericht in eingehender Untersuchung verbreitet. [17]) Es gelangte zu

---

[16]) Grünhut (Endemann's Handbuch Bd. III S. 264) scheint zu dem gegenteiligen Resultat durch die Erwägung zu gelangen, daß der Kommissionär für die Mangelhaftigkeit der angekauften Ware außer im Falle des Delkredere nicht zu haften habe. Dagegen kommt in Betracht, daß er niemals als ordentlicher Kaufmann handelt, wenn er dem Kommittenten eine nicht empfangbare Ware zusendet, sowie daß durch seine Schuld (Verletzung des Art. 347) dem Auftraggeber der Rückgriff auf den Drittkontrahenten nach Art. 347 verloren geht. Es spricht keine Vermutung dafür, daß die Verschlechterung der Ware auf dem Transport vom Kommissionär zum Kommittenten eintrat.

[17]) Vgl. Seuffert's Archiv Band 34 Nr. 60 und in den Entscheid. des Rohgr. Band 23 Nr. 4.

dem u. E. zutreffenden Resultate, daß die Post hier nur Transportvermittler ist, ihre sonstige Mitwirkung bei dem Absatze der Zeitungen lediglich aus Zweckmäßigkeitserwägungen herrührt. Hieraus wurde sodann geschlossen, daß die Post in der fraglichen Eigenschaft „Kaufmann" im Sinne des Handelsgesetzbuches sei. — Unrichtig aber war es jedenfalls, wenn das Gericht am Schluße seiner Entscheidung behauptete, daß das gleiche Ergebnis auch aus Art. 272 Ziffer 4 gewonnen werden müsse. Hier werden allerdings unter den sog. subjektiven Handelsgeschäften aufgezählt „die Vermittlung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen." Aber es darf nicht übersehen werden, daß dabei eine Gewerbemäßigkeit vorausgesetzt wird, d. h. eine Vornahme dieser Vermittlung in der Absicht, daraus Gewinn zu ziehen. Das Reichsoberhandelsgericht hat nun aber selbst in den vorangehenden Ausführungen dargethan, daß ein gewerbemäßiges Handeln lediglich in dem Transportgeschäfte der Post zum Ausdruck komme, während die Entgegennahme der Bestellungen rechtlich außer Betracht falle. Sie dient nur dem Zwecke, die Versendung der Zeitungen durch die Post zu erleichtern. —

Ein interessantes mandatsähnliches Geschäft lag ferner den Gerichten in einem Falle vor, wo ein Annoncenspediteur die Ankündigung einer Verlosung in 58 deutschen und ausländischen Blättern gegen Zahlung eines Durchschnittspreises [18]) für jedes Inserat übernommen hatte. Einzelne italienische Blätter verweigerten die Aufnahme, weil sie gesetzlich unzulässig war. Der erste Richter wies den Mandatar mit seiner Klage ab, da er die übernommene „Arbeit" nicht vollendet habe und folgeweise auch nicht Zahlung verlangen könne. [19]) In höchster Instanz wurde dieses Erkenntnis reformiert. Es liege ein einem Mandat ähnliches Geschäft

---

[18]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 36 Nr. 30.

[19]) Er qualifizierte das fragliche Rechtsverhältnis als locatio conductio operis. (Werkvertrag.)

vor. Der Mandatar habe nur den Beweis zu erbringen, daß er die nötige „Diligenz“ aufgeboten, wenngleich er die Kommission, wie übernommen, nicht zum Vollzuge gebracht. Die Unvollständigkeit der Ausführung berechtige den Auftraggeber nicht, die Entlohnung auch für den vollbrachten Teil vorzuenthalten.

Fünftes Kapitel.

Das Selbstkontrahierungsrecht des Kommissionärs.

§ 26. 1) Der Selbsteintritt vor und nach Erlaß des Handelsgesetzbuches.

Wir sind weit davon entfernt, im Widerspruche mit der ausschließlich praktischen Tendenz unserer Arbeit bei der Erörterung der schwierigsten und zugleich wichtigsten Materie des Kommissionsrechtes, des Selbsteintritts, einen anderen Weg einzuschlagen, als bisher. Zwar weicht unsere prinzipielle Auffassung des Selbstkontrahierungsrechtes sehr erheblich von der herrschenden Lehre ab. Aber deshalb sind wir nicht genötigt, auf die wissenschaftlichen „Konstruktionen“ anderer genauer, als es auch sonst geschehen ist, einzugehen, zumal unsere Ansicht lediglich die von den Juristen gar oft verkannte Verkehrsanschauung wiedergiebt. Übrigens findet sich eine treffliche Zusammenstellung der einschlägigen Litteratur in der eingangs citierten Schrift Lepa's, welcher die bisher vertretenen Meinungen als wohl unterrichteter Schriftsteller würdigt.

Die Frage nach dem Selbsteintritt hat schon wegen ihres historischen Verlaufes in der Judikatur für den Prak-

tiker und Theoretiker etwas besonders Anziehendes. Vor der Emanation des Handelsgesetzbuches wurde selbst von solchen Rechtskennern, die den Interessen des Verkehrs am sorgfältigsten Rechnung trugen, bezweifelt und bestritten, daß der Kommissionär in das ihm aufgetragene Geschäft jemals als Selbstkontrahent eintreten dürfe.

Obwohl der Handel sich für die Bejahung der Frage schon zu Beginn des vorigen Jahrhunderts mit aller Deutlichkeit ausgesprochen hatte, beharrte die juristische Litteratur grundsätzlich auf dem verneinenden Standpunkte. Und in der That war diese Haltung sehr erklärlich. Der Kommissionär erhält einen Auftrag, bei dessen Ausführung er den Kommittenten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vertreten soll. Das ist sehr wohl denkbar, wenn er das ihm aufgetragene Geschäft mit einem Dritten eingeht. Schwerlich aber wird das Interesse des Kommittenten auch dann hinlänglich wahrgenommen werden, wenn der Kommissionär selbst mit dem Kommittenten den Vertrag schließt. In diesen Fragen eine Übereinstimmung zwischen der Verkehrsanschauung und der Rechtsauffassung herbeizuführen, war dringend geboten. Und doch wurden erst mit der Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches die juristischen Skrupel überwunden und die früheren Zweifel zum Teil aus der Welt geschafft. Das Gesetzbuch fand nämlich den Ausweg, welcher geeignet war, trotz Zulassung des Selbsteintritts eine Gefährdung des Kommittenten hintanzuhalten. Nur dann, wenn es sich um den Kauf oder Verkauf von markt- oder börsengängigen Waren handelte, sollte in Zukunft das Recht des Kommissionärs zum „Selbstkontrahieren“ Anerkennung erhalten. Aber der Gesetzgeber machte sich seine Aufgabe zu leicht.

Gleich nach dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuches zeigt sich daher ein Schwanken in der Judikatur. Die einen, scheinbar starre Anhänger der alten Lehre, operieren bei Aus-

legung des Art. 376 — soweit es möglich ist — mit dem alten Prinzipe, verlangen, um einen Selbsteintritt im Sinne des Gesetzes anzunehmen, eine dahingehende ausdrückliche Erklärung des Kommissionärs gleich in der Ausführungsanzeige oder eine solche des Kommittenten nach erhaltenem unbestimmt lautenden Avise. Merkwürdigerweise ist dieses auch der Anfangsstandpunkt des Reichsoberhandelsgerichts.[1])

Bahnbrechend wirkt demgegenüber eine Entscheidung des in höchster Achtung stehenden Lübecker Oberappellgerichtes.[2]) Dieser Gerichtshof vertritt mit Nachdruck die Ansicht, daß die erstmalige Anzeige des Kommissionärs, welche eine ausdrückliche Erklärung über den Selbsteintritt nicht enthalte, immerhin noch nachträglich eine Ergänzung im Sinne des Eintritts erfahren dürfe. Für diese Ansicht glaubt der Gerichtshof sich auf den Verkehr berufen zu können. Aber, wie soll sich der Jurist einen solchen Schwebezustand vorstellen, wie soll er ihn insbesondere mit dem Art. 376 in Einklang setzen? Immerhin erzielt das Gericht den hohen Erfolg, das deutsche Reichsoberhandelsgericht[3]) von der Richtigkeit der neuen Ansicht zu überzeugen. Auch vom Reichsgerichte werden seine Ausführungen adoptiert.[4])

Und doch hindert der Mangel an juristischer Konsequenz in dieser Auffassung, der Umstand, daß es mit der Erteilung eines Auftrages unvereinbar ist, noch nach langem Zeitverlaufe dem Beauftragten die Behauptung eines Propregeschäftes zu gestatten, einen durchschlagenden Erfolg.

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 3 Nr. 42 sub. a und Nr. 71.

[2]) Vgl. die betreffende Entscheidung in Seuffert's Archiv Band 24 Nr. 68.

[3]) Vgl. bspw. Entscheidungen Band 20 Nr. 80 und Band 19 S. 359 sub. d.

[4]) Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen Band 1 Nr. 105 Band 4 Nr 25.

Die unteren Gerichte[5]) werden nicht überzeugt, und die Erkenntnisse der Vorinstanzen beweisen, daß hier die juristische Auffassung über die vermeintliche Verkehrsanschauung den Sieg davonträgt.

Schon hieraus ergiebt sich, von den zahlreichen anderen Kontroversen über den Selbsteintritt abgesehen, daß dieses schwierige Problem noch nicht zu den abgeschlossenen Rechtsfragen gezählt zu werden vermag. Hoffen wir, daß es unsere Ausführungen diesem Ziele näher bringen.

Die Gegensätze, welche sich in der Theorie des Handelsrechtes im Hinblick auf Art. 376 ergaben, können wir am besten kennzeichnen, wenn wir im folgenden zwei und zwar die wichtigsten prinzipiellen Auffassungen des Art. 376 vortragen. Es wird sich im folgenden zeigen, daß keine von beiden der Verkehrsauffassung entspricht.

§ 27. 2) Die bisherigen Theorieen.

Die Auffassung des Art. 376 bei Grünhut (Recht des Kommissionshandels S. 467) ist wörtlich folgende: „Jede Kommission zum Einkanf oder Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, weche einen Börsen- oder Marktpreis haben, gilt, wenn der Kommittent nicht ein anderes bestimmt, also das Kontrahieren mit einer dritten Person ausdrücklich oder stillschweigend imperativ vorgeschrieben hat, kraft Rechtsnotwendigkeit als fakultativ rücksichtlich des Modus der Ausführung, so daß dem Kommissionär auf Grund des Kommissionsvertrages ipso jure die alternative Befugnis (facultas alternativa) eingeräumt erscheint, nach seiner Wahl entweder das aufgetragene Kaufgeschäft mit einer dritten Person abzuschließen oder in Beziehung auf dasselbe selbst als Verkäufer oder Käufer einzutreten, — also die Verbindlichkeit, das aufgetragene Geschäft mit einer dritten Person ab-

[5]) So lauten bspw. die sämtlichen Erkenntnisse der Note 4 reformatorisch.

zuschließen, als diejenige Leistung, auf welche der Kommittent allein ein Recht hat, durch eine bestimmte andere Leistung, nämlich durch den Geschäftsabschluß in sich selbst, zu ersetzen. Der Kommittent besitzt ein Forderungsrecht nur auf die erstere Leistung (den Geschäftsabschluß mit einer dritten Person), muß sich aber die Ablösung durch die zweite (den Geschäftsabschluß des Kommissionärs in sich selbst) gefallen lassen. Nur die erstere Leistung ist in obligatione, aber beide Leistungen sind in solutione; der Kommissionär wird auch durch die letztere Leistung befreit; ist der Abschluß mit Dritten unmöglich, so wird der Kommissionär von der Verbindlichkeit aus dem Kommissionsvertrage frei, wenn auch seinem Selbsteintritt in das aufgetragene Geschäft kein Hindernis im Wege steht. Wie bei jeder fakultativen Kommission, so ist auch hier die freie Bewegung des Kommissionärs durch seine Pflicht begrenzt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zum Vorteil des Kommittenten zu handeln und dessen Interessen nach besten Kräften zu wahren. Ebensowenig, wie der Kommissionär bei Kommissionen, welche in anderen Punkten fakultativ gestaltet sind, den Eingebungen seiner persönlichen Laune zum Nachteile des Kommittenten zu folgen berechtigt ist, ebensowenig ist es ihm hier gestattet, bei der Wahl zwischen den beiden Arten der Ausführung der Kommission sich durch einen uneingeschränkten Egoismus zum Nachteile des Kommittenten leiten zu lassen; der Kommissionär ist vielmehr verpflichtet, wenn er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes findet, daß bei dem Kontrahieren mit einer dritten Person für den Kommittenten günstigere Bedingungen zu erlangen wären, als jene es sind, welche er selbst zu gewähren geneigt ist, im Interesse des Kommittenten sich des Selbsteintritts zu enthalten; hat der Kommissionär bei der Wahl der Alternative des Selbsteintritts etwas gethan oder unterlassen, was ein ordentlicher Kaufmann nicht zu thun oder zu unterlassen pflegt, so ist

er über die jeder fakultativen Kommission selbstverständlich gezogene Grenze hinausgegangen; der Kommittent ist zwar in diesem Falle nicht berechtigt, das von dem Kommissionär in sich selbst abgeschlossene Geschäft als nicht für seine Rechnung zurückzuweisen, er ist aber berechtigt, den Ersatz des ihm durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes von dem Kommissionär zugefügten Schadens zu verlangen. War der Kommissionär bei der Wahl der Alternative des Selbsteintritts durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet, so kann es ihm nicht zur Last gelegt werden, daß er die andere Alternative hintangesetzt hat, obwohl die aufgetragene Operation für den Kommittenten vorteilhaftere Resultate gehabt hätte, wenn sie der Kommissionär mit einem Dritten abgeschlossen hätte; denn der Kommissionär hat mittelst des von ihm gewählten Modus der Ausführung das aufgetragene Geschäft ausgeführt und kein anderes."

„Das Verhältnis zwischen den beiden Alternativen stellt sich danach so dar, daß die eine Alternative, die Ausführung der Kommission durch Abschluß mit einem Dritten, als der Hauptmodus der Ausführung erscheint, durch dessen Wahl sich der Kommissionär einerseits niemals verantwortlich machen kann, zu dessen Wahl derselbe andererseits nicht nur berechtigt, sondern unter Umständen verpflichtet ist, dann nämlich, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Wahl dieser Alternative als geboten erscheinen läßt, daß aber die andere Alternative, der Selbsteintritt des Kommissionärs, lediglich als ein Recht, niemals als eine Pflicht des Kommissionärs anzusehen ist, so daß sich dieser durch die Nichtwahl dieser Alternative in keinem Falle, durch die Wahl derselben aber dann verantwortlich macht, wenn diese Wahl nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vorgenommen worden ist."

Lepa hat in seiner mehrfach citierten Schrift die Grün-

hut'sche Auffassung in eingehender Ausführung [1]) bekämpft und sich für diejenige Theorie entschieden, welche „in der Kommission zum Einkaufe oder Verkaufe von markt- oder börsengängigen Waren" zugleich einen Antrag an den Kommissionär zum Verkaufe oder Kaufe der fraglichen Ware erblickt. U. E. beruht diese Annahme auf der zweifellos verfehlten Anschauung Lepa's, daß der Kommissionär in den Fällen des Art. 376 an Art. 372 nicht gebunden sei. Lepa geht nämlich davon aus, daß der Kaufmann, welcher mit dem Verkauf von markt- oder börsengängigen Waren betraut ist, einen beim Verkaufe über dem Tageskurs erzielten Preis dem Kommittenten nicht zu erstatten brauche. Er gesteht ihm vielmehr das Recht zu, diese Differenz für sich zu behalten, wofern er sich als Selbstkontrahent ausgibt. Es liegt auf der Hand, daß zu diesem der bona fides widerstreitenden Ergebnisse auch unwiderruflich die theoretische Auffassung Lepa's führt. Denn liegt in der Kommission zugleich ein Antrag zu einem reinen Kaufvertrage, so steht es dem Kommissionär frei, durch die Wahl dieser Alternative die Anwendbarkeit der Rechtssätze über das Kommissionsgeschäft auszuschließen. Lepa beruft sich für seine Ansicht auf den zweiten Absatz des Art. 376: „In diesem Falle ist die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufs oder Verkaufs zu geben, auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der Börsen- oder Marktpreis zur Zeit des Geschäftsabschlusses eingehalten sei." Wenn nun, so schließt er kühn, der Kommissionär nur die Einhaltung des Markt- oder Börsenpreises zu beweisen hat, so folgt hieraus, daß sein Eintritt zum Markt- oder Börsenpreise stets als gerechtfertigt anerkannt werden muß. — Dagegen kommt in Betracht, daß die Einrede der Arglist dem Betrogenen vom Gesetzgeber niemals ausdrücklich vor-

---

[1]) A. a. O. S. 223 bis 260.

behalten zu werden braucht und daß in der fraglichen Gesetzesstelle nicht darüber entschieden wird, ob der Kommissionär einen etwa erzielten höheren Preis zu vergüten habe, sondern nur ob die im Art. 361 vorgeschriebene Rechenschaftsleistung auch auf Börsenkommissionen sich beziehe. Es ist also vom Gesetzgeber weder ausgesprochen noch angedeutet worden, daß Art. 372 unter der Voraussetzung des Selbsteintritts keine Anwendung finde. Die von Lepa weiter geltend gemachten allgemeinen Erwägungen sprechen aber eben so sehr gegen Art. 372 überhaupt als wie gegen seine Brauchbarkeit beim Selbsteintritte. Er bemerkt in dieser Hinsicht: „Indessen sind noch andere Verhältnisse denkbar, in welchen es durchaus billig erscheint und von einem Verstoß gegen die bona fides nicht die Rede sein kann, wenn der Kommissionär eine günstige Gelegenheit zum Geschäftsabschlusse für sich und nicht für den Kommittenten benutzt: z. B. er kontrahiert mit einem Verwandten, einem alten Geschäftsfreunde, einem Schuldner, dem er lange Nachsicht gewährt hat, mit einem Kunden, der bei einem früheren Vertrage sich säumig erwiesen oder fehlerhafte Ware geliefert hatte und der nun sein damaliges Verhalten auszugleichen trachtet. Dem Kommittenten selbst und jedem Dritten würden diese Personen einen höheren Preis abverlangen oder einen niedrigeren Preis bieten. Dem Kommissionär wollen sie gerade einen Vorteil zuwenden oder eine Gefälligkeit erweisen oder sich koulant zeigen oder die Verpflichtung zu entsprechenden Gegendiensten auferlegen." — Wir haben früher den Fall behandelt, da einem Provinzbankier Auftrag zum Ankaufe von 1000 £ Ägypter erteilt, durch ein Versehen des Telegraphenbeamten aber der Ankauf von 2000 £ bewirkt wurde, und im Anschluß daran erörtert, wer den aus einem solchen Verfahren entstandenen Verlust zu tragen habe. Lepa wird jedenfalls mit uns darin übereinstimmen, daß der Schaden von dem Kommittenten zu ersetzen sei. Dann aber sollte er wohl im Hinblick auf den

bekannten Rechtsgrundsatz, daß wer den Schaden trägt auch den Vorteil habe, konsequenterweise in der soeben angeregten Frage auf unsere Seite treten.

Endlich dürfte die Theorie Lepa's unbedingt zu dem Schlusse führen, daß der Kommissionär in seiner Anzeige zu erkennen geben müsse, ob er als Selbstkontrahent behandelt werden wolle oder als Beauftragter. Da die Wahl der Alternative in seine Hand gelegt wird, so kann von dem Zustandekommen eines Vertrages doch erst dann die Rede sein, wenn eine Erklärung über die getroffene Wahl in einer jeden Zweifel ausschließenden Antwort abgegeben wurde. Bekanntlich aber geschieht dies nicht. Vielmehr lautet gerade in den Fällen, wo der Selbsteintritt gewählt wird, die Ausführungsanzeige so, als ob der Kommissionär mit einem Dritten kontrahiert habe.

Daß die Lepa'sche Theorie ebenso wie die Grünhut'sche in einem entschiedenen Widerspruche zu der Verkehrsauffassung steht, ist in dem folgenden Paragraphen auszuführen.

§ 28. 3) Die Verkehrsauffassung und die Stellung des Handelsgesetzbuches.

Ein grundsätzlicher Fehler in der Litteratur des Selbsteintritts besteht darin, daß die Schriftsteller bei der Würdigung des Art. 376 stets von dem Falle ausgehen, wo der Kommissionär die ihm zum Verkaufe übersendete Ware für sich selbst übernimmt, bezw. die anzukaufende aus eigenen Beständen liefert. Hier steht uns allerdings in der Person des Kommissionärs nicht ein Vermittler, sondern ein Selbstkontrahent auch im ökonomischen Sinne gegenüber. Statt für den Auftraggeber abzuschließen, schließt er mit ihm ab. Wer nun aber die Vorgänge des Lebens kennt, dem dürfte es schwerlich entgehen, daß dem Selbsteintritt regelmäßig ein Abschluß mit Dritten zu Grunde liegt und daß

nur aus der Verschweigung dieses Dritten das „Selbstkontrahieren" entnommen wird. In weitaus den meisten nach Art. 376 zu beurteilenden Kommissionsverhältnissen hat also der Kommissionär thatsächlich mit einer anderen Person für den Kommittenten abgeschlossen. Deutlich verrät sich übrigens u. E. diese Auffassung auch schon in dem so oft mißverstandenen dritten Absatze des Art. 376. —

Hätte der Gesetzgeber stets nur das Interesse des Kommissionärs im Auge gehabt, so würde er offenbar die Bestimmung des Art. 376 auf alle Fälle der kaufmännischen Kommission ausgedehnt haben. Man verstehe uns nicht falsch. Wir sagen keineswegs, daß der Kommissionär dann einen größeren Gewinn machen könne, wenn er als Selbstkontrahent aufzutreten befugt ist. Eine solche Begünstigung des Kommissionärs auf Kosten des Kommittenten durfte der Gesetzgeber überhaupt niemals sanktionieren. Der Vorteil, welcher für den Beauftragten daraus erwächst, daß er von dem Rechte des Selbstkontrahierens Gebrauch machen darf, besteht u. E. in der Verhütung einer Konkurrenz durch seinen Kommittenten. Zweierlei Art sind vorwiegend die Gründe, welche einen Geschäftsmann veranlassen, sich eines Kommissionärs zu bedienen. Möglicherweise hat er eine Ware abzusetzen, für welche sich nicht an seinem Wohnsitze, sondern lediglich an dem Wohnorte des Kommissionärs Käufer finden lassen, und zwar hier in großer Zahl. Diese Fälle kommen für uns weniger in Betracht. — Viel häufiger ergibt sich die Notwendigkeit einer Vermittlung, dann, wenn dem Kommittenten Zeit und Geschick fehlen, einen Abnehmer für sein Gut zu suchen, [1]) nicht aber dem Kommissionär. Hiermit soll keineswegs in Abrede gestellt werden, daß noch zahlreiche andere Beweggründe dazu Veranlassung geben, einen Kommissionär um seine vermittelnde Thätigkeit

[1]) Für die Einkaufskommission gilt analog das Gleiche.

anzugehen. Jedenfalls aber wird dem Kommissionär stets sehr daran gelegen sein, seinen Kontrahenten dem Kommittenten verschweigen zu dürfen. Sein ganzes Geschäft beruht darauf, daß er Abnehmer und Lieferanten an der Hand hat, welche für den Geschäftsbetrieb des Auftraggebers von Bedeutung sind, ohne daß dieser im stande ist, sie direkt anzugehen. Demnach fordert das Interesse des Kommissionärs, daß er den Namen seines dritten Kontrahenten nicht kundzuthun brauche. Ein Recht hierzu ihm stets zuzuerkennen, war nicht ohne Gefährdung des Kommittenten möglich. Man beschränkte dieses Recht daher auf die Fälle des Art. 376, ohne daß jedoch für alle anderen grundsätzlich das Gegenteil ausgesprochen wurde.[2]) Der Umstand, daß es sich im Art. 376 um Kauf bezw. Verkauf von markt- oder börsengängigen Waren handelte, daß der offiziell bekannte Marktpreis für eine reelle Bedienung des Kommittenten die erforderlichen Garantieen bot, ließ es gerechtfertigt erscheinen, dem Kommissionär die Verschweigung des dritten Kontrahenten zu gestatten. Daß der Gesetzgeber von solchen Erwägungen geleitet wurde, zeigt sich in dem Abs. 2 des Art. 376. Denn hier wird klar und deutlich die Berufung auf den Markt- oder Börsenpreis als Erleichterung der im Art. 361 vorgeschriebenen Rechenschaftsleistung aufgefaßt.

Es ist also daran festzuhalten, daß Art. 376 nicht sowohl dem Kommissionär in den bestimmt bezeichneten Fällen die Möglichkeit eröffnet, als Selbstkontrahent in das ihm aufgetragene Geschäft einzutreten, sondern daß er vielmehr ein Zugeständnis in dem Sinne enthält, durch Nichtnennung eines dritten Kontrahenten könne der Kommissionär den Erfolg herbeiführen, daß der Kommittent ihn als

---

[2]) Es ist in der Theorie und Praxis gleichwohl und mit Recht anerkannt, daß in der dem Kommissionär nach Art. 361 auferlegten Rechenschaftsleistung eventuell die Pflicht zur Nennung des Drittkontrahenten enthalten sei, vgl. S. 42, 56, 153.

Selbstkontrahenten in Anspruch nehmen müsse.[3]) Geht man hiervon aus, so wird man schwerlich auf den Inhalt der Anzeige und auf ihren Wortlaut irgend welches Gewicht legen. Der Umstand allein, daß ein dritter Kontrahent nicht namhaft gemacht ist, genügt, um anzunehmen, daß sich der Kommissionär als Selbstkontrahent behandeln lassen wolle. Möglicherweise ist der Kommissionär von dem einen Klienten um den Ankauf, von dem anderen um den Verkauf der nämlichen Wertpapiere ersucht worden. Beiden zeigt er die Ausführung natürlich ohne Nennung eines Dritten an. Hier gilt er beiden Kommittenten gegenüber als Selbstkontrahent, obwohl er thatsächlich für jeden mit einem Dritten abschloß. — Aber denkbar ist auch, daß der Kommission zum Ankauf nicht eine gleichlautende Verkaufskommission entsprach. Hier muß die Kommission durch Ankauf der gewünschten Werte vollzogen werden; im Falle der Verschweigung des Drittkontrahenten gilt indes der Kommissionär nichts desto weniger als Selbstkontrahent.

Zu den Ausnahmen endlich zählen die Fälle, da der Kommissionär die ihm zum Verkaufe übersandten Werte für sich behält oder die anzukaufenden aus seinen Beständen liefert. Und doch knüpfen — wie gesagt — unsere Schriftsteller an derartige Vorgänge bei der Besprechung des Art. 376 an, während sie die regelmäßigen Vorkommnisse als etwas Nebensächliches betrachten.

Kaum bedarf es noch einer Hervorhebung, daß der unzuverlässige aber stets gleichlautende Inhalt der Anzeige[4]) des Selbsteintritts sich mit Leichtigkeit an der Hand der hier gewürdigten ökonomischen Verhältnisse erklärt.

Bei der bisherigen Betrachtung zeigte sich eine vollkom-

---

[3]) Vgl. dazu Art. 376 Abs. 3.

[4]) Die Anzeige lautet bekanntlich: „Ich kaufte (verkaufte) an heutiger Börse für Sie . . . . ." Es fehlt stets die Angabe des Namens eines Drittkontrahenten.

mene Übereinstimmung der Verkehrsauffassung mit dem richtig verstandenen Texte des Handelsgesetzbuches. Im Interesse der Verkehrssicherheit aber ist es weiter geboten, auf einen bedenklichen und baldiger Besserung bedürftigen Fehlgriff des Gesetzgebers aufmerksam zu machen. Das Gesetz spricht — und es stimmen mit ihm darin die sämtlichen Rechtsgelehrten überein — lediglich von einer Befugnis zum Selbsteintritt. Nach der Anschauung des Verkehres aber ist der Kommissionär in den Fällen, wo es sich um den Kauf oder Verkauf von börsengängigen Waren handelt, zum Selbstkontrahieren verpflichtet. Es ist erstaunlich, daß auf diesen Punkt noch von keiner Seite hingewiesen wurde. Weiß doch jedermann, daß, wenn er einem Bankier seine Wertpapiere zum Verkaufe übergiebt, er von ihm unbedingt den baren Gegenwert erwartet, nicht etwa von einem durch den Bankier bezeichneten Dritten. Es ist jedem geläufig, daß die Person des Dritten völlig gleichgültig erscheint und daß er im Einverständnisse mit dem Bankier lediglich diesen als seinen Schuldner zu betrachten hat. Ebenso verhält es sich bei der Einkaufskommission. Hat jemand seinen Bankier um den Ankauf von 25 Stück Kreditaktien per ultimo ersucht, so würde er es als einen Scherz ansehen, wenn ihm der Bankier am folgenden Tage die Nachricht zugehen ließe: „Die Stücke sind gekauft; Sie haben dieselben Ende des Monats von Herrn N. N. in Empfang zu nehmen. Ich selbst lehne jede Haftung ab und bitte um Zahlung meiner Provision." Gleichwohl unterliegt es keinem Zweifel, daß dieses Anerbieten nach Art. 376 Abs. 1 vollkommen gerechtfertigt wäre. Der Bankier hat die Befugnis als Selbstkontrahent aufzutreten. Eine Befugnis aber ist der Gegensatz zu einer Verpflichtung. Mit einem entgegenstehenden Gewohnheitsrecht läßt sich im Hinblick auf Art. 1 des Hgb. nicht operieren; denn demselben wäre gegenüber den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches die derogatorische Kraft

entzogen. Es bleibt sohin nichts anderes übrig, als eine dem Art. 376 Abs. 1 widersprechende stillschweigende Parteiabsicht zu unterstellen. In der That würde sich der Bankier eines arglistigen Verhaltens schuldig machen, wenn er unter Berufung auf Abs. 1 des Art. 376 seinem Kommittenten einen Dritten als Schuldner aufdrängen wollte.

Man kann dem nicht entgegen halten, daß der Gesetzgeber im Art. 370 das ortsgebräuchliche Delkredere sanktioniert habe und daß hiernach der Bankier stets als Selbstschuldner aus der von ihm übernommenen Kommission haften müsse. Dagegen kommt ein doppeltes in Betracht. Erstens werden die hier fraglichen Kommissionen auch an den kleinsten Plätzen den dort ansässigen Bankiers erteilt; sicherlich aber wird es unmöglich sein, aller Orten ein ortsgebräuchliches Delkredere nachzuweisen. Zweitens steht fest, daß derjenige Kommittent, welcher die Delkrederehaftung seines Kommissionärs annimmt, damit keineswegs auf die ihm nach Art. 368 zustehende Forderung gegen den Drittkontrahenten verzichtet. Ein solcher Verzicht jedoch steht für unsere Fälle außer Zweifel. Es bleibt also hier kein anderer Ausweg übrig, als der von jeher eingeschlagene, nämlich die Unterstellung eines Selbsteintritts.[5])

Man könnte nun aber die Frage aufwerfen, warum der Kommittent die Form des Auftrages wähle, wenn seine Absicht schon von vornherein darauf gerichtet ist, ein Propregeschäft abzuschließen. Allein die Antwort liegt nahe. Sie beweist wiederholt die Unrichtigkeit jener Lepa'schen Ansicht, nach welcher in den Fällen des Art. 376 dem Kommittenten der über den Börsenpreis erzielte höhere Gewinn nicht zuerkannt werden sollte. Der ganze schriftliche Verkehr läßt nämlich deutlich erkennen, daß die Parteien von dem regelmäßigen Falle ausgehen, wonach der Kommissionär, bevor

[5]) Thatsächlich findet auch niemals die Zahlung einer Delkredereprovision statt.

er als Selbstkontrahent auftritt, erst seinerseits mit einem Dritten abschließen muß. Hierbei soll er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes das Interesse des Kommittenten wahrnehmen, weshalb ihm auch eine Provision ausgezahlt wird, welche der sonst für seine Bemühungen entrichteten gleichkommt[6]). Sie ist ein Äquivalent dafür, daß er bis zu dem Moment der erstatteten Anzeige den ihm als Kommissionär obliegenden Pflichten voll und ganz nachzukommen hat. Daß auch im Börsenverkehr auf solche Weise dem Kommittenten durch die „Diligenz" seines Vertreters sehr gedient werden kann, wird von Kennern der Praxis nicht in Abrede gestellt werden.

Hiermit ist das Selbstkontrahierungsrecht im Sinne des Verkehrs erläutert, und es erübrigt nur die einzelnen namentlich in der Rechtsprechung streitig gewordenen, praktisch bedeutungsvollen Fragen zu behandeln. Drei Punkte sind es, die wir hier vor allem im Auge behalten müssen, nämlich 1) daß der Selbsteintritt keineswegs identisch ist mit der Selbstübernahme der zu verkaufenden Werte bezw. mit der Hergabe der anzukaufenden aus eigenen Beständen, sondern daß bei Aufträgen der im Art. 376 gedachten Art der Selbsteintritt die von seltenen Ausnahmen durchbrochene Regel bildet, weil er wesentlich nur eine Geschäftserleichterung für den Kommissionär bedeutet, 2) daß nach der übereinstimmenden Verkehrsauffassung eine Verpflichtung des Kommissionärs zum Selbsteintritt bei börsengängigen Werten besteht, 3) daß erst nach vollzogenem Auftrage der Kommissionär als Käufer bezw. Verkäufer gelten könne, bis dahin aber den Rechtssätzen über die kaufmännische Kommission unterworfen ist.

---

[6]) Offenbar ein Beleg dafür, daß die Parteien auch in den Fällen des Selbsteintritts davon ausgehen, es werde mit einem dritten Kontrahenten abgeschlossen.

§ 29. 4) Die einzelnen praktisch wichtigen Fragen.

Wir würden uns mit der Darlegung unserer prinzipiellen Auffassung des Selbsteintritts begnügen, wenn nicht gerade auf dem vorliegenden Gebiete über die einschlägigen praktisch wichtigen Fragen die größte Meinungsverschiedenheit bestände. Es kommt hinzu, daß eine Reihe oberstrichterlicher Entscheidungen vorliegt, mit welchen sich die Theorie völlig einverstanden erklärt, während dieselben die Rechtsüberzeugung des Verkehrs verletzen. Es wird daher gerechtfertigt erscheinen, daß wir im Anschluß an die Praxis in den folgenden fünf Paragraphen einer Erörterung unterziehen: 1) die Zulässigkeit des Eintritts (§ 30), 2) die Erklärung des Eintritts (§ 31), 3) den von dem Selbstkontrahenten zu gewährenden Kurs (§ 32), 4) die Rechtsstellung der Parteien nach erfolgtem Eintritte (§ 33), 5) die Substitution (§ 34).

§ 30. a) Die Zulässigkeit des Eintritts.

Die Fälle, in denen dem Kommissionär gestattet ist, als Selbstkontrahent aufzutreten, sind von dem Gesetzgeber im ersten Absatze des Art. 376 aufgezählt worden. Er beschränkt hier die Zulässigkeit auf den Kauf oder Verkauf von börsen- bezw. marktgängigen Waren, verlangt jedoch, daß der Kommissionär niemals gegen den Willen des Kommittenten sich des hier fraglichen Rechtes bediene. Es läßt sich nicht bestreiten, daß dieser Wille auch stillschweigend zum Ausdruck gebracht werden kann. Immerhin aber muß er erkennbar gewesen sein.

Man sollte meinen, daß mit der im Gesetz für gut befundenen Aufzählung der Fälle, in denen der Selbsteintritt statthaft ist, für die Praxis jeder Zweifel ausgeschlossen sei. Das Gegenteil wird indes durch die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes bewiesen, auf die wir nunmehr einzugehen haben.

Einem Geschäftshause [1]) in Frankfurt a/M. war der Auftrag zu teil geworden, Felle in bestimmter Zahl zu einem limitierten Preise zu verkaufen. — Um des Zusammenhanges willen mag bemerkt werden, daß die in der juristischen Litteratur nicht selten anzutreffende Behauptung, bei limitierten Kommissionen sei der Selbsteintritt stets ausgeschlossen, vollkommen unrichtig ist. — Das Reichsoberhandelsgericht nahm im obigen Falle einen Selbsteintritt an. Offenbar aber gab es für die Felle weder einen Börsen- noch einen Marktpreis. Es ist erstaunlich, wie der Gerichtshof bei solcher Sachlage zu einem so unhaltbaren Ergebnisse gelangen konnte. Denn er selbst berichtet die Anzeige des Kommissionärs, in welcher es heißt: Es habe ein Dritter die Felle besichtigt, ein Gebot darauf gethan und dieselben schließlich zum limitierten Preise genommen.

In einem anderen Erkenntnisse [2]) hielt es das Reichsoberhandelsgericht für geboten, an der Hand einer langen Auseinandersetzung über die Entstehungsgeschichte des Art. 376 den Nachweis zu erbringen, daß der Selbsteintritt bei nicht börsengängigen Waren unzulässig sei. Es handelte sich um den Verkauf einer im Preise sehr schwankenden Steinsorte, für die ein Markt- oder Börsenpreis nirgends existiert. Der Kommissionär hatte seinem Auftraggeber ohne Nennung eines Dritten angezeigt, er habe den Auftrag zum limitierten Satze ausgeführt, während er erst erheblich später zu einem weit höheren Preise den Verkauf wirklich vollzog. Der Kommittent erhob Anspruch auf die Differenz, während sich der Beklagte auf das Recht als Selbstkontrahent einzutreten berief. Dieses Recht wurde ihm, wie bemerkt, in seitenlangen Ausführungen vom Reichsoberhandelsgerichte versagt. Weiter erklärte der Gerichtshof, daß die Anzeige des Kommissionärs rechtlich wirkungslos gewesen sei, weil dem Auf-

[1]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 23 Nr. 36.
[2]) Vgl. Entscheidungen Bd. 12 Nr. 61.

traggeber nicht der dritte Kontrahent bekannt gegeben wurde. Die Nennung dieses sei ein wesentliches Erfordernis für das Zustandekommen eines Vertrages. Die Rechtsanschauung des Gerichtshofes ist aber augenscheinlich irrig. Es muß berücksichtigt werden, daß der Kommissionär das Delkredere übernommen, weshalb für den Kommittenten die Nennung des dritten Kontrahenten bedeutungslos war. Der Standpunkt des Reichsoberhandelsgerichts würde zu dem Ergebnisse führen, daß nur selten auf Grund einer Kommission ein Vertrag zu stande käme; der Name des dritten Kontrahenten wird von den Kommissionären, auch wenn ein Selbsteintritt nicht vorliegt, aus früher angegebenen Gründen (S. 166) meist verschwiegen. Das Urteil des Gerichtshofes ist allerdings richtig. Aber es darf nicht daraus abgeleitet werden, daß die erstmalige Anzeige wegen Verschweigung des Drittkontrahenten ungültig war, daß sohin erst der spätere Verkauf für den Kommittenten ausschlaggebend sein konnte, sondern einfach aus Art. 372, welcher den von dem Kommissionär beim Verkaufe erzielten höheren Gewinn dem Kommittenten zuweist.

Das Reichsoberhandelsgericht [3]) kennt ferner eine Gruppe von Rechtsgeschäften, bei welchen der Selbsteintritt niemals zulässig sein soll, und das sind die Differenzgeschäfte. Hier wäre es den Auftraggebern stets um reelle Effektuierung zu thun, weil sie durch ihren Auftrag das Kursniveau beeinflussen wollen. Diese Annahme ist offenbar irrig. Unstreitig ist der Kauf von Kreditaktien in der Absicht späteren Verkaufes ein Differenzgeschäft. Daß aber durch den Ankauf von 25 Stück solcher Aktien der Kurs beeinflußt werden könne oder wolle, muß entschieden bestritten werden. Es liegt der Absicht der Kontrahenten fern, auch nur stillschweigend die von dem Gerichtshofe beregte Vereinbarung zu

---

[3]) Entscheidungen Band 11 Nr. 19. Das Erkenntnis leidet an einem zweiten Fehler, der S. 50ff. bereits hervorgehoben ist.

treffen. Die Auffassung des Gerichtshofes bekundet aber noch einen weiteren grundsätzlichen Fehler, dessen häufiges Erscheinen in der Litteratur von uns schon früher hervorgehoben wurde. Man geht nämlich davon aus, daß in den Fällen des Art. 376 der Kommissionär die anzukaufende Ware thatsächlich aus eigenen Beständen hergiebt, die zu veräußernde für sich übernimmt. Diese Unterstellung ist, wie erwähnt, völlig verfehlt. Dem Selbsteintritt liegt in den allermeisten Fällen ein wirklicher Abschluß mit Dritten zu Grunde. Daß dies den Parteien wohl bekannt ist, geht aus dem Wortlaut ihrer Korrespondenz und aus der Provisionszahlung unzweideutig hervor. Es fehlt hiernach jeder Grund zur Rechtfertigung der Ansicht des Gerichtshofes, wonach bei Kommissionen zum Abschluß von Differenzgeschäften der Selbsteintritt des Kommissionärs unzulässig ist. Die Motive, auf welche sich der Gerichtshof beruft, könnten mit gleichem Rechte gegen ihn angeführt werden. Bleibt doch die Einwirkung auf den Kurs dieselbe, gleichviel ob der Kommissionär seine Aktien dem Kommittenten zur Verfügung hält oder ob er die letzteren an offenem Markte verkauft und für den Kommittenten neue Aktien ankauft.

§ 31. b) Die Erklärung des Selbsteintritts.

Niemals wäre eine Meinungsverschiedenheit darüber entstanden, wie die Anzeige zu lauten habe, aus welcher der Selbsteintritt entnommen werden kann, wenn man stets im Auge behalten hätte, daß überall dort, wo der Eintritt durch den Kommittenten nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird, von dem Rechte des Selbstkontrahierens nach Absicht der Parteien Gebrauch gemacht werden muß. Geht man hiervon aus, so ist eine falsche Auffassung des 3ten Absatzes von Art. 376 unmöglich, welcher lautet: „Macht der Kommissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine andere Person als Käufer oder Verkäufer

namhaft, so ist der Kommittent befugt, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen."

In der Anzeige des Kommissionärs wird in der That niemals der Name eines dritten Kontrahenten angegeben, woraus geschlossen werden muß, daß er als Selbstkontrahent behandelt werden wolle.

Und doch herrscht ein lebhafter Streit über diese Frage in der Theorie und Praxis! Ohne Übertreibung darf man wohl behaupten, so klar die Verkehrsauffassung, so dunkel ist die Rechtsanschauung auf unserem Gebiete. Hat doch das Reichsoberhandelsgericht zu Beginn seiner Thätigkeit aus der Anzeige des Kommissionärs [1]), er habe für den Kommittenten die gewünschten Papiere gekauft, den Schluß gezogen, daß nunmehr das Eintrittsrecht endgültig verloren sei. Ja, man verlangte von dem Kommittenten [2]), daß er auf eine also lautende Anzeige mit der ausdrücklichen Erklärung antworte, er betrachte den Kommissionär als Selbstkontrahenten; anderenfalles könne ein Propre-Geschäft nicht mehr angenommen werden. Es war offenbar ein großer Fortschritt, daß die Rechtsprechung später zu der Einsicht gelangte, mit der ersten Anzeige des Kommissionärs, aus welcher der Selbsteintritt nicht klar hervorgehe, erlösche seine Befugnis nicht, sich als Selbstkontrahent auszugeben, es stehe ihm vielmehr frei, auch noch später und zwar zeitlich unbeschränkt, die Erklärung des Selbsteintritts folgen zu lassen [3]). — Hingegen treffe ihn der Beweis des Abschlusses mit einem Dritten, wenn er nach Erlaß einer Anzeige im Sinne des 3ten Absatzes von Art. 376 im Prozesse geltend mache, er habe mit einem Dritten kontrahiert [4]), — gleichsam als stände

---

[1]) Vgl. Entscheidungen Bd. 3 Nr. 71.

[2]) Vgl. Entscheidungen dess. Bd. 3 Nr. 42 sub a.

[3]) Vgl. Entscheidungen dess. Bd. 16. Nr. 83 und Reichsgericht Bd. 7 Nr. 32, jedoch auch Entscheidungen des Rohgr. Bd. 4 Nr. 71.

[4]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichtes Bd. 6 N. 13.

der Selbsteintritt in einem Gegensatze zum Abschlusse mit Dritten. Daß schon in der Nichtbenennung eines dritten Kontrahenten ein unwiderlegliches Anzeichen für den Selbsteintritt zu finden sei, vermochten Juristen aus Art. 376 nicht zu entnehmen. Vielmehr erblickte das Reichsgericht in der allgemein lautenden Anzeige, wie sie im Geschäftsverkehr regelmäßig vorkommt, eine absichtliche Zweideutigkeit, durch welche die endgültige Erklärung über den Selbsteintritt für eine spätere Zeit vorbehalten werde. Es entnimmt aus ihr den Selbsteintritt, sofern „ein wirklicher Abschluß mit Dritten (!) weder vom Gegner behauptet, noch vom Appellrichter festgestellt, auch offensichtlich nicht vorliegt."

Hiernach inauguriert das deutsche Reichsgericht seine Praxis mit einer grundsätzlichen Verkennung des Art. 376.[5]) Daß gerade dem Selbsteintritt überwiegend ein Abschluß mit Dritten zu Grunde liegt, entgeht ihm; es sieht in dem Selbsteintritt vielmehr den Gegensatz zu dem Abschlusse mit Dritten. Unbeachtet bleibt ferner der Umstand, daß der Wortlaut der Anzeige, welche Kontrahierung mit Dritten andeutet, aber keinen Drittkontrahenten bezeichnet, lediglich dafür spricht, daß auch der Selbsteintritt zumeist auf einem Abschluß mit Dritten beruhe. Der höchste deutsche Gerichtshof findet in der eigentümlichen Form der Anzeige einen besonderen „Geschäftsstyl", und ist entgegenkommend genug, dem Kommittenten im Widerspruch mit dem Reichsoberhandelsgerichte zu gestatten, von dem Abs. 3 des Art. 376 mittels einer zwar zeitlich unbeschränkten aber ausdrücklichen Erklärung Gebrauch zu machen.[6]) Daß eine solche Erklärung in der Praxis überhaupt schon ein einziges Mal abgegeben worden sei, ist schwer denkbar. Übrigens

---

[5]) Entscheidungen des Reichsgerichtes Band 1 Nr. 105.

[6]) Vgl. Entscheidungen Band 4 Nr. 25.

läßt es das Reichsgericht dahingestellt, ob der Kommissionär die Selbsthatung überhaupt noch später dadurch abwenden könne, daß er dem Kommittenten nachträglich den Namen des Dritten, mit welchem er das Geschäft geschlossen hat, nennt und Zession seiner Rechte gegen den Dritten offeriert(!).

Es wirkt in der That auf den Kenner des Verkehrslebens höchst beunruhigend, wenn er sieht, wie hier von hervorragenden Juristen eine Verwirrung in so wichtigen Rechtsfragen angerichtet wird. Abhilfe ist nur in der Art möglich, daß die zur Rechtsprechung berufenen Organe alle Sorgfalt aufbieten, um die Verkehrsverhältnisse zu erforschen, und daß sie alsdann die Verkehrsanschauung ihren Urteilen zu Grunde legen. Gerade dem Reichsoberhandelsgerichte rühmt man nach, daß es mit der kaufmännischen Auffassung Fühlung zu halten verstand. In der soeben behandelten ungemein wichtigen Frage hat es dies jedenfalls nicht bewiesen. Denn während der Verkehr davon ausgeht, daß in den Fällen des Art. 376 die Anzeige des Kommissionärs, in welcher der Name eines dritten Kontrahenten niemals angegeben wird, stets dessen Selbsteintritt zur Kenntnis des Kommittenten bringe, hat das Reichsoberhandelsgericht wiederholt ausgesprochen,[7]) daß eine solche Anzeige widerrufen und unschädlich gemacht werden könne, wenn der Kommissionär nachträglich Abschluß mit einem Dritten behaupte und seine Behauptung unter Beweis stelle. — Vergebens suchen wir eine Andeutung der dem Verkehr geläufigen Rechtsauffassung, daß der Selbsteintritt fast stets auf einem Abschluß mit Dritten beruhe und daß derselbe aus der Verschweigung des fremden Namens in der Anzeige unwiderruflich entnommen werden müsse.

---

[7]) Entscheidungen Band 14 Nr. 119 und 20 Band Nr. 80 S. 328 und 329.

§ 32. c) Der von dem Selbstkontrahenten zu gewährende Kurs.

Wir haben bereits im Vorangehenden gegen Lepa ausgeführt, daß die Bestimmung des Art. 372 auch auf den selbstkontrahierenden Kommissionär Anwendung finde. Hat er einen höheren Kurs erzielt als den Börsenkurs, so muß er den Überschuß dem Kommittenten zuweisen. Anders stände es allerdings, wenn der Kommissionär in den Fällen des Art. 376 von Anfang an als Käufer bezw. Verkäufer zu gelten hätte. Nach dem Wortlaut des Handelsgesetzbuches erlangt er diese Eigenschaft jedoch erst in dem Augenblick, da die Anzeige zur Post gegeben wird. [1]) Es entspricht denn auch der Willensmeinung der Kontrahenten, daß der Kommissionär bis zur Ausführung des Auftrages für den Kommittenten mit derselben Rührigkeit thätig sein solle, wie in den Fällen, in welchen der Selbsteintritt kraft Rechtssatzes ausgeschlossen ist. Die Praxis der Gerichte hat sich für die hier vertretene Auffassung deutlich ausgesprochen. [2])

Nach Abs. 2 des Art. 376 soll der Kommissionär zum Börsenkurse als Selbstkontrahent eintreten. Nur in den seltensten Fällen wird er in der Lage sein, einen höheren als den Börsenkurs zu bewilligen. Gleichwohl kommt es sehr darauf an, im Auge zu behalten, daß dem Kommissionär als Selbstkontrahenten bei Ausführung des Auftrages die gleiche Achtsamkeit zur Pflicht gemacht wird, wie in den gewöhnlichen Fällen.

Nicht selten werden z. B. an der nämlichen Börse sehr verschiedene Kurse für das gleiche Papier notiert, und es fragt sich alsdann, welchen Kurs der Kommissionär seinem Auftraggeber zu vergüten habe. Hier zeigt sich bereits, daß auch bei Börsenaufträgen der Kommissionär viel zum Vorteil

---

[1]) Art. 376 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 321.

[2]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 12 Nr. 85.

seines Kommittenten leisten könne. Stets wird es natürlich seine Pflicht sein, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu handeln. Ist diese Sorgfalt verletzt, so wird dem Kommissionär selbst die Berufung auf den Börsenpreis nichts nützen. Im übrigen ist nach Art. 321, wofern eine telegraphische Anzeige über die Ausführung der Kommission weder stillschweigend[3]) noch ausdrücklich vereinbart wurde, das Datum des Poststempels auf dem Anzeigebriefe dafür entscheidend, welcher von den verschiedenen Kursen als der letzte bei der Preisberechnung in Betracht komme. — Arglistig handelt der Kommissionär jedenfalls dann, wenn er zwei bei ihm zusammentreffende Börsenkommissionen durch Kombination vollzog und nun jedem der beiden Kommittenten einen anderen Kurs anrechnete, dem Verkäufer den geringeren, dem Käufer den höheren.

Es könnte schließlich noch ein Zweifel darüber entstehen, welcher Tag für die Kursberechnung maßgebend sei. Gesetzt es wurde einem Provinzbankier der Auftrag zum Ankaufe von Kreditaktien erteilt. Hier kommt nicht der den Parteien gegenwärtig bekannte Markt- oder Börsenpreis in Betracht, sondern derjenige, zu welchem demnächst die Ausführung des Auftrages möglich ist. Es liegt in der Natur des Kursblattes, daß es ein Zeugnis über Vergangenes ist. Sohin kann für einen erst heute erteilten Börsenauftrag nicht die Kursnotiz eines vorangehenden Tages entscheiden, sondern lediglich diejenige, welche am Tage der Ausführung des Auftrages verzeichnet wird.[4])

Wir würden diese überaus einfachen Fragen übergehen, wenn nicht auch auf dem vorliegenden Gebiete die Recht-

---

[3]) Dies ist namentlich wichtig bei Kommissionen zwischen Bankiers der Provinz und der Börse. Vgl. Annalen des deutschen Reiches von Hirth u. Seydel 1889. S. 297.

[4]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 36 Nr. 66 und Entsch. des Rohgr. Band 4 Nr. 34.

sprechung[5]) ohne Widerspruch der Theorie fehl gegriffen hätte.

Wer nur einigermaßen mit den Verkehrsverhältnissen vertraut ist, weiß, daß der Kommissionär nicht nur das Recht hat, seine Ausführung durch Berufung auf das Kursblatt zu rechtfertigen, sondern daß Börsenaufträge zum Börsenkurse ausgeführt werden müssen. Das Interesse des Kommittenten würde der größten Gefährdung preisgegeben sein, wollte man dem Kommissionär die Befugnis zuerkennen, einen ihm erteilten Börsenauftrag ganz nach eignem Gutdünken auszuführen, ohne jede Rücksicht auf die „offizielle" Notiz.

So wenig der Kommissionär auf eigene Hand den Selbsteintritt ausschließen kann, eben so wenig vermag er sich der Verpflichtung zu entziehen, die Börsenkommission zum Börsenkurse zu realisieren. Fehlt es an einer Kursnotiz, so erscheint es schlechterdings unmöglich, daß der Kommissionär gleichwohl die Kommission ausführe.

Von diesen dem Publikum sehr geläufigen Rechtsgrundsätzen hat das Reichsoberhandelsgericht augenscheinlich in dem soeben citierten Erkenntnisse keine Notiz genommen. Einer Bank in Bremen war nämlich eine Kommission zum Ankauf von Bankaktien bei einem Limito von 142 erteilt worden. Sie telegraphierte am Vormittag, daß der Auftrag zu 142 ausgeführt worden sei, obwohl zur Zeit der Aufgabe des Telegramms ein Kurs noch nicht verzeichnet war. Erst am Nachmittage fand eine Notierung statt, und zwar zu 140%. Gleichwohl sollte der Bank der Beweis offen gelassen werden, daß sich ihre Kursberechnung durch den Abschluß mit einem Dritten rechtfertige. — Schuld ist auch hier an dem unrichtigen Urteile die Verkennung des Umstandes, daß dem Selbsteintritte regelmäßig ein Abschluß mit Dritten zu Grunde liegt,

---

[5]) Entscheidungen des Rohgr. Band 14 Nr. 119, gebilligt bzw. von Voigt Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 25 S. 204.

und daß der Kommissionär bei diesem Abschlusse den „offiziellen" Börsenkurs einzuhalten hat. Der Gesetzgeber suchte offenbar aller Orten dem Kommittenten denjenigen Preis zu sichern, den ein als ordentlicher Kaufmann thätiger Kommissionär erlangen muß. (Art. 361 und 372.) Behufs Erreichung dieses Zieles wurde sogar dem Auftraggeber freigestellt, Nennung des Drittkontrahenten zu verlangen, wie sehr auch dadurch bisweilen das Interesse des Kommissionärs gefährdet werden kann. Nur in den Fällen des Selbsteintritts statuierte man eine Ausnahme, aber nicht, um den Schutz des Kommittenten zu mindern, sondern um ihm einen viel wirksameren zu verleihen. Zwar wurde hier dem Kommissionär die Verschweigung des Drittkontrahenten stets gestattet; aber die „Justifikation" beruht nunmehr auf der Einhaltung des Börsenpreises. Kann sich der Kommissionär auf ihn berufen, so hat er seiner Verpflichtung zur Rechenschaftsleistung genügt. Im entgegengesetzten Falle aber ist der Anspruch des Kommittenten wegen einer Auftragsverletzung hinreichend „substantiert".

§ 33. d) Die Rechtsstellung der Parteien nach erfolgtem Eintritt.

Mit der Absendung der Anzeige des Kommissionärs gelangen zwischen den Kontrahenten die Rechtssätze über den Kaufvertrag zur Anwendung, wie bereits wiederholt betont worden ist.

Schwierigkeiten bereitet nur das dem Kommissionär eingeräumte Pfandrecht. Für die Entstehung desselben kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. (Art. 374) — Bezüglich der Pfandexekution (Art. 375) ist indes zu unterscheiden, ob sich der Verzug des Kommittenten auf die Annahme der für ihn gekauften Werte bezieht oder auf die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegen den Beauftragten,

der seinerseits bereits vereinbarungsgemäß die Liquidation für den Auftraggeber besorgt hatte.

Ersteren Falles wird lediglich der Inhalt des Art. 357 für den Verkauf des Pfandes entscheidend sein. Denn es handelt sich hier in der Regel um Fixkäufe. Die Folgen des Verzuges bei denselben aber werden — was in der Praxis wiederholt übersehen worden ist [1]) — nur in dem soeben genannten Artikel des Handelsgesetzbuches normiert.

Erfolgt der Pfandverkauf durch den Kommissionär behufs Befriedigung seiner Ansprüche gegen den Auftraggeber, so entscheidet Art. 310 über die Form der Veräußerung. Die Artikel 374 und 375 lauten zu allgemein, um eine Modifikation für unseren Fall zulässig erscheinen zu lassen.

Alle weiteren Fragen entscheiden sich nach dem oben aufgestellten Grundsatze, daß Kommittent und Kommissionär nunmehr als Käufer und Verkäufer anzusehen sind. [2])

§ 34. e) Die Substitution in den Fällen des Eintritts.

Wenn wir schließlich der Substitution einen eigenen Paragraphen widmen, so geschieht dies nicht etwa deshalb, weil wir in diesem Zusammenhange etwelche Modifikationen unserer früheren Ausführungen vorzutragen hätten, sondern nur weil solche vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik aus sehr zu wünschen wären.

Es besteht kein Streit, daß der Kommissionär, welcher als ordentlicher Kaufmann zur Substitution verpflichtet war und bei der Auswahl des Vertreters vorsichtig zu Werke ging, dafür nicht aufzukommen hat, wenn infolge der Sub-

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 11 Nr. 31; Band 16 Nr. 34; Band 20 Nr. 77 u. a., besser Band 19 Nr. 106.

[2]) Vgl. Seuffert's Archiv Band 34 Nr. 145. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Band 6 Nr. 38; S. 187. Bd. 22 Nr. 52; Band 17 Nr. 70.

stituierung ein Schaden für den Kommittenten erwachsen ist. Denn den Kommissionär, der als ordentlicher Kaufmann handelte, darf infolge der Ausführung des übernommenen Auftrages kein Nachteil treffen. Er hat, wenn auch sein Substitut das Limito verletzte, seiner Pflicht genügt, sobald er die ihm erwachsene Klage seinem Kommittenten zediert. Der später erfolgte Eintritt vermag hieran so wenig zu ändern als der Umstand, daß der Kommissionär von vornherein verpflichtet war, als Selbstkontrahent aufzutreten. Denn als Käufer und Verkäufer stehen sich die Kontrahenten immer erst von dem Moment an gegenüber, in welchem die Anzeige des Kommissionärs abgesendet worden ist. Die Thätigkeit des Substituten aber fällt bekanntlich vor diesen Zeitpunkt.

Man halte uns nicht entgegen, daß der Kommissionär niemals von dem ihm zustehenden Recht der Klagenabtretung wirklich Gebrauch machen werde, da er dadurch die Kundschaft seines Kommittenten für alle Zeiten verscherzen würde. Setzen wir folgenden Fall. Der in Frankfurt wohnhafte Kommittent hat seinem dortigen Bankier Aktien zum Verkaufe zugesendet, die nur an der Wiener Börse gehandelt werden. Der Bankier hat sie deshalb seinem Wiener Geschäftsfreunde zugängig gemacht; dieser aber falliert gleich nach der Veräußerung und Einkassierung des Preises wider alles Erwarten. Den Kommissionär trifft hier nicht der geringste Vorwurf für sein Verhalten. Gleichwohl ist infolge der Übernahme der Kommission ein Schaden von — sagen wir — 20 000 Mark entstanden. Wird hier noch das Frankfurter Bankhaus den Verlust tragen, wo es ihn von Rechtswegen auf den Kommittenten zu überwälzen befugt ist? [3])

---

[3]) Erst nach erstatteter Anzeige hat das Frankfurter Haus den Verlust auf sich zu nehmen, weil es sich nunmehr als Selbstkontrahent verpflichtet hat.

Der Verkehrsanschauung widerspricht es freilich, einen solchen Nachteil den Kommittenten tragen zu lassen. Wir selbst halten es für ratsam, im Wege der Gesetzgebung jene Rechtsfolge auszuschließen. Es wäre hiernach zu bestimmen, daß bei Börsenaufträgen der substituierende Kommissionär selbst das Risiko der Substitution zu übernehmen habe.

Sechstes Kapitel.

§ 35. Die Stellung des Kommissionärs bei Wechselanschaffungen.

Es liegt nahe, Art. 373 des Handelsgesetzbuches, nach welchem der mit dem Ankaufe eines Wechsels beauftragte Kommissionär im Falle der Indossierung desselben verpflichtet ist, ihn regelmäßig und ohne Vorbehalt, also ohne einen der Zusätze der Art. 14, 15 und 17 der Wechselordnung zu girieren, mit dem Selbstkontrahierungsrechte in Zusammenhang zu bringen. Diese Einreihung läßt sich nämlich darauf stützen, daß der Kommissionär, welcher auf den gekauften Wechsel sein Giro ohne jeden Zusatz setzen muß, als Verkäufer desselben erscheine. Doch ist eine solche Schlußfolgerung nicht zutreffend. Denn das Gesetz sagt nicht — was allerdings ursprünglich beabsichtigt wurde — der Kommissionär sei zur Indossierung des gekauften Wechsels verpflichtet. Es geht vielmehr von der Voraussetzung aus, daß eine solche Verpflichtung *vertragsmäßig* festgesetzt worden ist, und enthält für diesen Fall die Vorschrift der *vorbehaltlosen* Indossierung.[1]) — Es versteht sich üb-

---

[1]) Der Zweck dieser Bestimmung ist natürlich der, zu verhindern, daß die „Begebbarkeit“ des Wechsels infolge des Zusatzes „ohne Obligo“ zu einem Indossamente erschwert werde.

rigens von selbst, daß durch Parteivereinbarung die Bestimmung des Art. 373 außer Kraft gesetzt werden kann.

Hat also der Kommissionär den Auftrag zum Ankaufe eines Wechsels übernommen, so entscheiden über seine Pflichten in erster Reihe die privaten Verabredungen. Ist aus denselben nichts Näheres zu entnehmen, so steht es dem Kommissionär frei, den von dem Vormanne in blanko indossierten, also bspw. lediglich mit der Unterschrift seines Kontrahenten versehenen Wechsel dem Kommittenten zu übersenden. Thut er dies nicht, sondern indossiert er den Wechsel, so ist es seine Pflicht, sich jedes Zusatzes zu seinem Giro zu enthalten.

Ob er für sein Indossament eine Delkredereprovision beanspruchen dürfe, wird Frage des einzelnen Falles, im Zweifel aber wohl nicht zu bejahen sein. Ebenso wird es nach Lage der Sache beurteilt werden müssen, ob der Kommissionär aus seinem Indossament dem Kommittenten unbedingt für die Güte des Wechsels hafte oder aber ob diese Haftbarkeit nur dann begründet sei, wenn der Kommissionär beim Einkaufe des Wechsels die einem ordentlichen Kaufmanne obliegende Sorgfalt vernachlässigte. Wir sind geneigt, für die zweite Alternative [2]) uns auszusprechen, vorausgesetzt, daß dem Kommissionär für sein Giro keine Delkredere-Provision gezahlt wurde.

Unbegründet sind die Ansichten von Grünhut[3]) und Hahn, [4]) welche den Art. 373 auf alle Fälle ausdehnen wollen, in denen der Kommissionär einen Wechsel an seinen Kommittenten indossiert. Der Artikel spricht deutlich nur von dem Falle, da die Kommission auf den Ankauf eines Wechsels gerichtet ist. Man darf aber aus ihm nicht mehr entnehmen, als er sagt.

---

[2]) Vgl. jedoch Note 5.

[3]) In Endemann's Handbuch Band 3 S. 268. Abs. 2. „Der Artikel 373 lautet ganz allgemein.“

[4]) Kommentar zu Art. 373. § 1.

In der Litteratur ist wiederholt die Ansicht vertreten worden, daß Art. 373 des Hgb. von geringer praktischer Bedeutung sei; nirgends aber findet sich eine zutreffende Motivierung jener Behauptung. In dieser Hinsicht kommt Folgendes zu bemerken. Die wichtigsten Fälle, in denen Kommissionen zu Wechselkäufen erteilt werden, beziehen sich auf die Anschaffung ausländischer Rimessen. Diese aber unterliegen einer Börsennotiz. Demnach ist hier Art. 376 des H. G. B. anwendbar; es kommt zum Selbsteintritt. Erscheint nun der Kommissionär beim Ankaufe solcher Wechsel als Selbstkontrahent, so hat er kraft des Eintritts den Wechsel ohne Vorbehalt zu indossieren. Denn nur dann kann man sagen, er habe den Wechsel als Verkäufer geliefert. [5])

Siebentes Kapitel.

§ 36. Die Aufhebung des Kommissionsverhältnisses.

Schon in den vorangehenden Ausführungen wurde bemerkt, daß es dem Kommittenten frei steht, seinen Auftrag bis zur Ausführung zu widerrufen, mit der Wirkung, daß der Kommissionär sich dieser Verfügung zu unterwerfen [1]) hat und nur für notwendige und nützliche Auslagen Ersatz beanspruchen darf. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, hierauf näher einzugehen, da die einschlägigen Rechtsfragen in zweckmäßiger Weise schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschieden werden können. [2])

Nur hinsichtlich des Widerrufs einer den Selbsteintritt zulassenden Kommission enthält Art. 377 eine aus-

[5]) In diesen Fällen haftet der Kommissionär stets wechselmäßig, wie der Verkäufer eines Wechsels. Vgl. Text zu Note. 1.

[1]) Vgl. Entsch. des Reichsoberhandelsger. Band VII Nr. 101.

[2]) Vgl. den „Entwurf“ §§ 597 ff.

drückliche Vorschrift. Die Absicht, von der der Gesetzgeber hier geleitet wurde, war eine durchaus wohlwollende. Es lag ihm daran, zu verhüten, daß der Kommissionär auf Kosten des Kommittenten spekuliere. Aber die Form, in der unser Rechtssatz zum Ausdruck gebracht wurde, ist eine so mißglückte, daß Art. 377 gerade dem redlichen Kommissionär zu großem Nachteil gereichen kann.

Art. 377 sagt: „Wenn der Kommittent den Auftrag widerruft und der Widerruf bei dem Kommissionär eintrifft, bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrages behufs ihrer Absendung abgegeben ist, so kann sich der Kommissionär der Befugnis, selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten, nicht mehr bedienen." Offenbar wird auch der Gesetzgeber hier von der irrtümlichen Vorstellung geleitet, daß der Selbsteintritt den Gegensatz zum Abschlusse mit Dritten bilde. Er will im übrigen anerkennenswerterweise verhindern, daß der Kommissionär trotz rechtzeitigen Eintreffens des Widerrufes behaupte, er habe als Selbstkontrahent abgeschlossen, und daß er sich hierdurch auf Kosten des Kommittenten bereichere. Bedauerlich aber ist, daß Art. 377 eine so weite Fassung erhielt.

Denkbar ist nämlich, — und dies bildet nach unseren früheren Ausführungen sogar die Regel — daß dem Selbsteintritt thatsächlich ein Abschluß mit Dritten oder die Kombination zweier Aufträge zu Grunde liegt. Nach dem klaren Wortlaut der Gesetzesstelle ist auch solchen Falles der Widerruf für den Kommissionär bindend, ungeachtet bei Ankunft desselben die Anzeige postfertig in seinem Kontor gelegen war.

Es ist erfreulich, daß die Praxis [3]) in den soeben gedachten Fällen dem Kommissionär den Beweis des wirklichen Abschlusses mit Dritten offen hielt. Sie handelte dabei unzweifelhaft im Geiste des Gesetzgebers, wenn auch gegen

[3]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Band 16 Nr. 75. Band 5 Nr. 62 S. 283.

seine Worte. Immerhin aber scheint es geraten, dem Art. 377 eine Fassung zu geben, die keinen Zweifel aufkommen läßt. Am leichtesten ist das durch Hinzufügung eines zweiten Absatzes erreichbar, welcher dem Kommissionär den Beweis eines thatsächlich bewirkten Abschlusses mit Dritten einzuräumen hätte.

Keinen Beifall verdient übrigens eine weitere Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes zu Art. 377. Abends war eine Verkaufskommission zum Limito von 114% erteilt worden. Die zu verkaufenden Aktien stiegen im Laufe des folgenden Vormittags von 114% auf 120%. Der Kommittent hielt es gleichviel aus welchen Gründen für gut, den Auftrag zu widerrufen. Bei seinem Eintritt in das Lokal der Bank kam ihm der Direktor zuvor, indem er, ohne ihn zu Worte kommen zu lassen, ausrief: „Ihre Kommission ist bereits ausgeführt.“ — Das Reichsoberhandelsgericht[4]) erklärte diese Anzeige für unzureichend, weil es an der Angabe des Kurses fehlte, zu welchem das Geschäft ausgeführt wurde. — Doch konnte dieser Umstand für die Beurteilung des Rechtsfalles keineswegs entscheidend sein. Denn weder im Gesetze noch in der Natur der Sache bietet sich ein Anhalt dafür, daß zur Rechtsgültigkeit der Anzeige die Angabe des Kurses gehöre, zu welchem das aufgetragene Geschäft zur Abwicklung gelangt ist. Es handelte sich vielmehr darum, ob thatsächlich zur Zeit des Widerrufes der Auftrag an der Börse bereits ausgeführt war oder ob diese Ausführung noch hintangehalten werden konnte. Nur im zweiten Falle ist der Widerruf des Kommittenten rechtswirksam. Übrigens versteht es sich von selbst, daß das Erscheinen des Auftraggebers in der Absicht zu widerrufen schon dann zur Entkräftung des Auftrages hinreicht, wenn der Kommissionär jetzt erst den Plan faßt, die Aktien als Selbstkontrahent in sein

---

[4]) Vgl. Entscheidungen Band 8 Nr 21 S. 97.

Vermögen zu übernehmen, ja nach Art. 377 sogar schon dann, wenn dieser Plan zwar zuvor gefaßt, aber dem Kommittenten noch nicht durch Aufgabe der Anzeige zur Post kundgegeben ist. Denn es liegt auf der Hand, daß der voreilige Zuruf des Direktors solchen Falles lediglich eine Umgehung des Gesetzes bezweckte und daher rechtlich nicht in Betracht kommen konnte. Daß die Bewilligung des höheren Kurses von dem Direktor nicht in Aussicht gestellt wurde, wird wohl durch die sehr nahe liegende Thatsache erklärt, daß ihm derzeit selbst dieser Kurs noch nicht bekannt war. Für die Beurteilung des Falles ist dieser Umstand sicherlich bedeutungslos.

Dem Rechte des Widerrufs auf Seite des Kommittenten steht das Recht der Kündigung auf Seite des Kommissionärs gegenüber. Die letztere kann auch aus einer „konkludenten“ Handlung entnommen werden, so bspw. aus dem Verkauf der zugleich als Pfand dienenden Kommissionsware, wofern der Kommittent im Verzuge ist[5]).

Es liegt auf der Hand, daß die Befugnis des Kommissionärs zum Rücktritt beschränkt ist[6]). Persönliche Hinderungsgründe werden ihn als Kaufmann nur selten zur Kündigung berechtigen. Es kommt in Betracht, daß nicht sowohl ihm, als seiner Firma der Auftrag zu teil geworden ist. Er muß also schon im voraus dafür Sorge tragen, daß das Geschäft durch seine Erkrankung und dgl. nicht ins Stocken gerate.

Hiernach werden gewichtige Gründe vorliegen müssen, wenn ein Recht zur Kündigung anerkannt werden soll. So genügt bspw. die Unmöglichkeit der Ausführung des Auftrages, ferner der Umstand, daß der Kommittent der ihm vor Ausführung der Einkaufskommission obliegenden Pflicht zur „Deckung“ nicht nachkommt und Ähnliches.

---

[5]) Vgl. Entsch. des Reichsoberhgr. Band 16 Nr. 83 S. 336.

[6]) Siehe auch den Entwurf § 598.

Selbst wenn der Kommissionär ein Recht hat, seine weitere Thätigkeit dem Kommittenten zu verweigern, muß er dessen Interesse doch insolange wahrnehmen, bis dieser in der Lage ist, nach erhaltener Kündigung die nötigen Maßregeln zur Übertragung der Kommission an einen anderen zu treffen.

Es erübrigt schließlich noch des Falles zu gedenken, da Kommittent oder Kommissionär während des Bestehens eines Kommissionsverhältnisses in Konkurs geraten. In dieser Hinsicht ist § 15 der Konkursordnung entscheidend. Danach kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen. Doch muß er über seine Entschließung dem Gegenkontrahenten auf dessen Anfrage sofort Auskunft geben, widrigenfalls Verzicht auf die Erfüllung angenommen wird.

Anhang.

Gesetzesvorschläge.

Da in dem Vorausgehenden hier und dort gegen die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die kaufmännische Kommission Stellung genommen wurde, so dürfte es am Platze sein, zum Schlusse die erwünschten Gesetzesänderungen zusammenzufassen. Wir beschränken uns hierbei auf das Dringende. Wo durch Auslegung geholfen werden kann, soll an dem Bestehenden möglichst wenig gerüttelt werden.

Art. 363 erhält folgende Fassung:

Hat der Kommissionär unter dem ihm gesetzten Preise verkauft, so muß er dem Kommittenten im Zweifel den Unterschied im Preise vergüten, sofern er nicht beweist, daß ein Verkauf zu dem gesetzten Preise nicht ausgeführt werden konnte und die Vornahme des Verkaufes von dem Kommittenten Schaden abgewendet hat.

Art. 368 erhält folgende Fassung:

Forderungen aus einem Geschäft, welches der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

Jedoch gelten solche Forderungen, insofern sie noch zum Vermögen des Kommissionärs gehören, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern schon vor der Abtretung als Forderungen des Kommittenten.

Das Gleiche gilt von den Waren und Werten, welche durch Erfüllung der ausstehenden Forderung Eigentum des Kommissionärs geworden sind.

Art. 376 erhält folgende Fassung:

Bei der Kommission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Kommissionär, wenn der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat, verpflichtet, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich behalten.

In diesem Falle ist er von der Rechenschaftsleistung nach Art. 361 entbunden, muß jedoch den Börsen- oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung einhalten. Er ist zur Berechnung der üblichen Provision und der sonstigen Unkosten berechtigt.

Der Eintritt des Kommissionärs wird mit dem Augenblick wirksam, in welchem er die Anzeige von der Ausführung der Kommission zur Post gegeben hat.

Hierauf ist als Art. 376a folgende Satzung einzuschalten:

Art. 376a. Überträgt der zum Eintritt verpflichtete Kommissionär den Auftrag befugterweise einem Dritten, so hat er gleichwohl die Gefahr der Übertragung auf sich zu nehmen.

Art. 377. Wenn der Kommittent den Auftrag widerruft und der Widerruf bei dem Kommissionär eintrifft, bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrages behufs Absendung abgegeben ist, so ist es dem Kommissionär versagt, als Selbstkontrahent aufzutreten.

Die vorstehende Bestimmung findet keine Anwendung, wenn der Kommissionär beweist, daß dem später angezeigten Eintritte ein vor Eintreffen des Widerrufs erfolgter Abschluß mit einem Dritten zu Grunde liegt.

Sachregister.

Die Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.

Druck von G. Reusche in Leipzig.

Bögl

Jacoby, S.

Das Recht der Bank- und Warenkommission nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche für Juristen und Kaufleute

Erlangen ; Leipzig 1891